

Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia

Secciones

Doctrina - Legislación - Jurisprudencia - Misceláneas

Caracas, 2025

N.º 23

Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia

Periodicidad semestral (N.º 23 corresponde a enero-diciembre de 2024)

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN y Fernando PARRA ARANGUREN

Fundadores

Edison Lucio VARELA CÁCERES

Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ

Director

Asesor Académico

José Rafael BELANDRIA GARCÍA

Coordinador Académico

Consejo Científico Asesor

Argentina: Luis Daniel CROVI (UBA). **Cuba:** Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (Universidad de La Habana). **México:** Francisco MORA SIFUENTES (Universidad de Guanajuato). **Venezuela:** Nayibe CHACÓN GÓMEZ (UCV), Cosimina G. PELLEGRINO PACERA (UCV), María Fernanda PEÑA BORTONE (ULA), Sheraldine PINTO OLIVEROS (UCV), Abdón SÁNCHEZ NOGUERA (ULA), Juan Carlos SAINZ-BORG (Universidad para la Paz-ONU), Mauricio RODRÍGUEZ FERRARA (ULA), Enrique URDANETA FONTIVEROS (UCAB-ACIEPOL), Carlos E. WEFER H. (UCV-Universidad Monteávila), James OTIS RODNER S. (ACIEPOL); Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE (Universidad Monteávila); Jorge I. GONZÁLEZ CARVAJAL (UCAB); Carlos Simón BELLO RENGIFO (UCV).

Diseño y diagramación: Sonia VELÁSQUEZ

Corrección: Elizabeth HASLAM

Depósito legal N.º pp201202DC4188

ISSN 2343-5925 **e-ISSN** 2791-3317

Los trabajos publicados han sido sometidos a arbitraje bajo el sistema de pares «doble ciego». La Revista se encuentra indizada en la base de datos del catálogo de Latindex (folio N.º 21971). También está incorporada en la base de datos del «Proyecto Ulpiano» de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: www.ulpiano.org.ve. Forma parte del catálogo de la plataforma de contenidos jurídicos: vlex.com.

Editorial: **Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A.**

www.rvlj.com.ve / @la_rvlj / revistavenezolanalj@gmail.com

Los Ruices, Edificio Annabela, Caracas-Venezuela. Código Postal 1071

Teléfono: (0212) 234.29.53

Contenido

PRESENTACIÓN

Edison Lucio VARELA CÁCERES.....	11
----------------------------------	----

DOCTRINA

El consentimiento necesario de ambos cónyuges para contratar créditos y otorgar fianzas por montos relevantes

Carlos Eduardo ACEDO SUCRE.....	13
---------------------------------	----

Introducción.....	14
--------------------------	-----------

1. Exigencia de que los actos de disposición que puedan afectar la comunidad conyugal cuenten con el consentimiento de ambos cónyuges, lo cual se aplica a la contratación de créditos y al otorgamiento de fianzas, si son por montos relevantes	17
2. Carácter enunciativo, y no taxativo, de la lista de actos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges contenida en el artículo 168 del Código Civil, extensible a otras operaciones, que, por su relevancia económica, afectan la comunidad conyugal	24
3. Facultad de un cónyuge o de ambos para administrar o disponer de la comunidad conyugal	34
4. La contratación de un crédito o el otorgamiento de una fianza como acto de disposición	38
5. Anulabilidad del crédito y la fianza, si son por montos relevantes, y de cualquier otro acto de disposición que pueda afectar la comunidad conyugal, realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro	42

6. Práctica generalizada de los prestamistas profesionales, de solicitar la identificación de los prestatarios o fiadores, si son personas naturales, para verificar su estado civil; y culpa en la que incurre el prestamista que no la solicite, y consecuente responsabilidad de este	51
7. Excepciones a la regla general según la cual se necesita el consentimiento de ambos esposos para realizar un acto de disposición que afecte la comunidad conyugal	59
8. Responsabilidad del cónyuge que realiza un acto de disposición que afecte la comunidad conyugal sin el consentimiento del otro	67
9. Caducidad de la acción de nulidad contra los actos de disposición que afecten la comunidad conyugal, realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro; y de la acción de responsabilidad civil del cónyuge que no intervino contra el cónyuge actuante	70
10. Confirmación de la regla general de que los actos de disposición que afecten la comunidad conyugal requieren el consentimiento de ambos cónyuges, resultante de la lectura de los artículos 168 y 170 del Código Civil a la luz de la Constitución de 1999	73
11. Indivisibilidad de la comunidad conyugal, e imposibilidad legal de separar los bienes comunes antes de su disolución	77
Conclusiones	85

**Responsabilidad patrimonial de la Administración
Pública en República Dominicana**

Gilbert M. DE LA CRUZ ÁLVAREZ 91

**A modo de introducción: la responsabilidad patrimonial
como derivación del derecho fundamental a la buena
administración 92**

**1. Breve delimitación de la responsabilidad patrimonial:
una garantía distinta a la expropiación 96**

**2. Principios base de la responsabilidad patrimonial
dominicana 100**

2.1. *Principio de unidad 100*

2.2. *Principio de universalidad 102*

2.3. *Principio de responsabilidad directa 103*

2.4. *Principio de sistema mixto (no puramente objetivo) 105*

**3. Los sistemas de responsabilidad patrimonial
extracontractual del régimen jurídico dominicano 109**

3.1. *Sistema de responsabilidad por actividad antijurídica 109*

3.2. *Sistema de responsabilidad por actividad lícita 111*

**4. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad
patrimonial 113**

4.1. *Daño indemnizable 113*

4.2. *Verificación de un factor de atribución
de responsabilidad patrimonial de la Administración 115*

4.3. *Relación de causalidad entre el daño y la actuación
administrativa 115*

El Derecho de los Animales como seres sintientes

Sacha Rohán FERNÁNDEZ CABRERA	119
Introducción	119
1. Consideraciones generales	120
2. Derecho de los animales en la actualidad	123
3. La protección de los derechos de los animales en Venezuela	155
4. Protección en el ámbito del Derecho internacional	163
Conclusiones	165

Estructuración de la pretensión de extinción de dominio: exigencias objetivas y subjetivas

Gilmar Giovanni SANTANDER ABRIL.....	169
Introducción: superando las confusiones de la extinción de dominio con la confiscación	170
1. Sobre la estructura de la pretensión extintiva	171
<i>1.1. Elementos objetivos que permiten reconocer los presupuestos de las causales extintivas</i>	176
1.1.1. El bien o derecho patrimonial	177
1.1.2. La actividad ilícita	181
1.1.3. El nexo de ilicitud o circunstancia ilícita	187
1.1.3.1. Sobre la idoneidad del nexo de ilicitud	188
2. Aspectos subjetivos que determinan el nexo de relación	190
<i>2.1. Condiciones personales de atribución</i>	191
2.1.1. Titularidad de derechos	192
2.1.2. La capacidad de goce y ejercicio	194
<i>2.2. Factores de atribución en extinción de dominio</i>	197
2.2.1. De los factores de atribución respecto a las personas naturales	198
2.2.2. De los criterios de atribución aplicables a las personas jurídicas	200

2.2.3. De la atribución de la consecuencia jurídica sobre bienes en cabeza de terceros.....	203
Conclusiones	205
 Sistemas de gestión de <i>compliance</i> para la prevención de fraudes, corrupción y legitimación de capitales en las instituciones financieras	
Liliana VAUDO GODINA	209
Introducción	209
1. <i>Compliance</i>, prevención y mitigación de riesgos de legitimación de capitales y actividades de la delincuencia organizada en instituciones bancarias .	210
1.1. <i>Estándares, gestión y mitigación de riesgos</i>	210
1.2. <i>Gestión de riesgos de legitimación de capitales, financiamiento del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva en instituciones financieras venezolanas</i>	211
2. La prevención y mitigación de riesgos de fraude	219
3. La prevención y mitigación de riesgos asociados al uso de la inteligencia artificial.....	220
4. La prevención y mitigación de riesgos de corrupción empresarial	225
Conclusiones	231

LEGISLACIÓN

**Sobre los elementos esenciales de la contribución del deporte
(A propósito de la actual «práctica determinativa» del Fondo
Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física
y la Educación Física)**

Serviliano ABACHE CARVAJAL	235
1. Planteamiento del problema	236
2. La «desnaturalización» de la determinación tributaria de la contribución parafiscal del deporte: la «determinación mixta» que pretende realizar el Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física de la obligación tributaria del contribuyente, en abierta desatención del Código Orgánico Tributario y de la Constitución	238
3. La «desconfiguración» de los elementos esenciales de la contribución parafiscal del deporte en la «determinación mixta» que pretende el Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física.....	250
3.1. Tributos de actividad y de resultado. El hecho imponible y su delimitación de la base imponible	251
3.2. El hecho y la base imposables establecidos en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física y su desconfiguración mediante la pretendida «determinación mixta» del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física	257
Conclusión.....	265

**Breves comentarios sobre la «nueva» Ley Orgánica
para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral
de las Personas con Discapacidad**

Edison Lucio VARELA CÁCERES.....	267
Introducción	267
1. Algunos aspectos formales	268
2. Puntuales avances en la Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad	275
2.1. <i>Ajustes razonables</i>	275
2.2. <i>Autonomía</i>	278
2.3. <i>Los internamientos forzosos y el derecho a la libertad personal</i>	279
3. El artículo 12 de la Convención y la Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad	282
Conclusiones	287

JURISPRUDENCIA

**Criterios actuales de competencia en el contencioso
contra las universidades**

Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ	291
i. Presentación de Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE	291
ii. Ponencia de Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ	293
iii. Intervención de Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE	312
iv. Intervención de Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ	316
v. Intervención de Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE	317
vi. Intervención de Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ	317
vii. Intervención de Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE	318
viii. Intervención de Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ	320

MISCELÁNEAS**Palabras con ocasión a la presentación de los libros
de la profesora María Luisa TOSTA**

Edison Lucio VARELA CÁCERES 323

Presentación

Con alegría nos volvemos a encontrar para presentar el número 23 de la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Siempre agradecidos por el apoyo generoso de los colaboradores, así como por el entusiasmo de los lectores, que nos compromete a continuar con esta empresa y en mejorarla con cada número.

En esta ocasión aprovechamos para unirnos a la celebración del premio Nobel de la Paz que gana en buena lid María Corina MACHADO, hecho que nos invita a reflexionar sobre la importancia de luchar por los ideales sublimes de la humanidad, como son la libertad, la democracia, la paz y la justicia. Así, desde esta modesta trinchera nuestros colaboradores han hecho lo propio para difundir la mejor doctrina y coadyuvar en el rescate del Estado de derecho, único espacio donde los anteriores valores pueden desarrollarse a plenitud.

Este número contará con nuestras secciones tradicionales, a saber: Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Misceláneas.

En la sección de Doctrina, se incluyen los trabajos de: Carlos Eduardo ACEDO SUCRE (El consentimiento necesario de ambos cónyuges para contratar créditos y otorgar fianzas por montos relevantes); Gilbert M. DE LA CRUZ ÁLVAREZ (Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en República Dominicana); Sacha Rohán FERNÁNDEZ CABRERA (El derecho de los animales como seres sintientes); Gilmar Giovanni SANTANDER ABRIL (Estructuración de la pretensión de extinción de dominio: exigencias objetivas y subjetivas), y Liliana VAUDO GODINA (Sistemas de gestión de *compliance* para la prevención de fraudes, corrupción y legitimación de capitales en las instituciones financieras).

En la sección de Legislación, contamos con la firma de Serviliano ABACHE CARVAJAL (Sobre los elementos esenciales de la contribución del deporte. A propósito de la actual «práctica determinativa» del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física) y de quien suscribe (Breves comentarios sobre la «nueva» Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad).

La sección de Jurisprudencia, la integra la transcripción de la conferencia dictada por Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ, titulada: «Criterios actuales de competencia en el contencioso contra las universidades», la cual cuenta con la estupenda moderación del profesor Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE.

Cerramos con la sección de Misceláneas, que reproduce nuestras palabras con ocasión de la presentación de los libros de la profesora María Luisa TOSTA, publicados con el apoyo de la Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.

Finalizamos reconociendo los aportes *ad honorem* del Dr. José Rafael BELANDRIA GARCÍA y del Dr. Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ, así como de los miembros del Consejo Científico Asesor, los árbitros, el equipo de diagramación y corrección y, por supuesto, de los colaboradores que, en comunión, hacen posible la difusión de esta joven *Revista*... ¡Enhorabuena!

Prof. Edison Lucio VARELA CÁCERES
DIRECTOR

El consentimiento necesario de ambos cónyuges para contratar créditos y otorgar fianzas por montos relevantes

Carlos Eduardo ACEDO SUCRE*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 23, 2025, pp. 13-89.

SUMARIO

Introducción 1. Exigencia de que los actos de disposición que puedan afectar la comunidad conyugal cuenten con el consentimiento de ambos cónyuges, lo cual se aplica a la contratación de créditos y al otorgamiento de fianzas, si son por montos relevantes 2. Carácter enunciativo, y no taxativo, de la lista de actos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges contenida en el artículo 168 del Código Civil, extensible a otras operaciones, que, por su relevancia económica, afectan la comunidad conyugal 3. Facultad de un cónyuge o de ambos para administrar o disponer de la comunidad conyugal 4. La contratación de un crédito o el otorgamiento de una fianza como acto de disposición 5. Anulabilidad del crédito y la fianza, si son por montos relevantes, y de cualquier otro acto de disposición que pueda

* **Universidad Católica Andrés Bello** (Caracas-Venezuela), Abogado *Cum Laude*. **Universidad de París 2** (París-Francia), Diploma Superior, Derecho Civil, Mención Bien; Diploma de Estudios Doctorales, Mención Muy Bien. Individuo de Número de Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio de MENPA – Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía. www.menpa.com.

El presente trabajo no hubiera sido posible sin la ayuda de mis compañeros de MENPA – Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., especialmente Luisa Acedo, José Antonio Román, Lorian Saad y Natalia Sánchez, con quienes tengo una deuda de gratitud.

afectar la comunidad conyugal, realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro 6. Práctica generalizada de los prestamistas profesionales, de solicitar la identificación de los prestatarios o fiadores, si son personas naturales, para verificar su estado civil; y culpa en la que incurre el prestamista que no la solicite, y consecuente responsabilidad de este 7. Excepciones a la regla general según la cual se necesita el consentimiento de ambos esposos para realizar un acto de disposición que afecte la comunidad conyugal 8. Responsabilidad del cónyuge que realiza un acto de disposición que afecte la comunidad conyugal sin el consentimiento del otro 9. Caducidad de la acción de nulidad contra los actos de disposición que afecten la comunidad conyugal, realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro; y de la acción de responsabilidad civil del cónyuge que no intervino contra el cónyuge actuante 10. Confirmación de la regla general de que los actos de disposición que afecten la comunidad conyugal requieren el consentimiento de ambos cónyuges, resultante de la lectura de los artículos 168 y 170 del Código Civil a la luz de la Constitución de 1999 11. Indivisibilidad de la comunidad conyugal, e imposibilidad legal de separar los bienes comunes antes de su disolución. Conclusiones

Introducción

En el presente artículo, trataremos la exigencia, como regla general, del consentimiento de ambos cónyuges, para contratar créditos y otorgar fianzas por montos relevantes, y para cualquier otro acto susceptible de afectar el patrimonio familiar.

Es muy evidente que, para la enajenación y gravamen de bienes sujetos a publicidad registral, se necesita que los dos esposos suscriban el contrato correspondiente. Sin embargo, mediante los contratos de crédito (incluyendo los

de préstamo) no se enajena ni grava ningún bien, y, además, estos contratos no están sujetos a ningún régimen registral (salvo que estén respaldados por una garantía real, es decir, una prenda o una hipoteca). Pero la persona que recibe un crédito está comprometiendo todo su patrimonio, pues se obliga con la totalidad de sus activos a reembolsarlo; y, como dice el artículo 1864 del Código Civil, «Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores». Las garantías personales, o sea, las fianzas, tampoco están sujetas a ningún régimen registral; y, mediante ellas, el fiador también está comprometiendo todo su patrimonio, pues se obliga con la totalidad de sus activos a reembolsar el crédito afianzado. Dicho esto, ¿tomar un crédito y otorgar una fianza por un monto significativo son actos de disposición? ¿Debe el prestamista solicitar la identificación del prestatario o fiador, para verificar su estado civil, y, si está casado, debe pedir el consentimiento del cónyuge del prestatario o fiador? ¿Qué pasa cuando uno solo de los cónyuges, a espaldas del otro, contrae un crédito u otorga una fianza por una cantidad relevante? Las respuestas a las preguntas anteriores no son fáciles.

En efecto, en Venezuela, la comunidad conyugal está regulada por el Código Civil, que sufrió cambios masivos en la reforma del año 1982, cuyo propósito fue brindar protección a las mujeres y a los niños, ante la discriminación de que eran objeto bajo el articulado del año 1942. Sin embargo, no se trata de una normativa clara, detallada ni completa, por lo que está sujeta a interpretación, para lo cual es importante considerar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, uno de cuyos postulados es la igualdad entre los sexos.

Sin duda, enajenar o gravar un activo es un acto de disposición, al menos si se trata de un bien de relevancia económica; por ejemplo, quien constituye una garantía real está disponiendo del bien prendado o hipotecado. Ahora bien, el Código Civil no tiene ningún artículo que diga que contraer un crédito u otorgar una fianza sean actos de disposición, ni siquiera cuando sea por un monto significativo. Tampoco existe ningún artículo que diga expresamente que los actos de disposición que afecten la comunidad conyugal requieren el consentimiento de ambos cónyuges.

Por otro lado, el codificador planteó que los bienes de la comunidad conyugal pueden resultar del trabajo de «uno» de los cónyuges o de algún otro título legítimo atinente a «uno» de los cónyuges. Pero se le olvidó tomar en cuenta que los bienes de la comunidad conyugal también pueden resultar, y frecuentemente resultan, del trabajo de «ambos» cónyuges o de algún otro título legítimo atinente a «ambos» cónyuges. También se le olvidó tomar en cuenta que, en muchos casos, con el paso del tiempo, no se sabe cuál es el origen de un bien común, o de los fondos utilizados para adquirirlo, particularmente si no está sujeto a un régimen registral.

Finalmente, el codificador reguló expresamente ciertos actos de enajenación o gravamen, concretamente, las operaciones relativas a «inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías» y «fondos de comercio» de la comunidad conyugal; pero no reguló expresamente los demás actos de disposición que inciden sobre la comunidad conyugal, que son muchos y pueden ser muy importantes.

Dadas las carencias de la reforma del Código Civil de 1982, la doctrina refleja opiniones muy diversas y difíciles de conciliar.

Hay sentencias, sobre la materia, del Tribunal Supremo de Justicia, pero no existe un cuerpo coherente de decisiones judiciales sobre estos temas, a pesar del tiempo transcurrido desde 1982. Para colmo, la jurisprudencia a menudo es contradictoria y en ocasiones absurda.

El presente trabajo está basado en muchos textos doctrinales y jurisprudenciales, que citamos aquí, buscando formular una explicación coherente, y ajustada al sentido común y a la práctica de todos los días.

1. Exigencia de que los actos de disposición que puedan afectar la comunidad conyugal cuenten con el consentimiento de ambos cónyuges, lo cual se aplica a la contratación de créditos y al otorgamiento de fianzas, si son por montos relevantes

Conforme al Derecho venezolano, existen i. actos de administración, es decir, actividades de gestión, tales como contraer obligaciones sin mayor relevancia económica, hacer mantenimiento, reparaciones o mejoras en una propiedad, y gerenciar un negocio, y ii. actos de disposición, es decir, actividades que exceden la mera administración, tales como contraer obligaciones de importancia económica, y enajenar y gravar bienes relevantes.

AGUILAR GORRONDONA sostiene: que «la finalidad de la ley al distinguir entre actos de simple administración y actos de disposición es establecer un régimen más severo para la celebración de estos»¹. De modo que los actos de administración y los actos de disposición están regulados de manera diferente; las normas sobre actos de administración no se aplican a los actos de disposición, y viceversa; y la realización de actos de disposición está sujeta a reglas más estrictas que la realización de actos de administración, pues las consecuencias de aquellos son más graves que las consecuencias de estos.

Como regla general, si un acto de disposición tiene por objeto enajenar o gravar un bien completo, perteneciente a dos o más personas, se requiere el consentimiento de todos los comuneros. En efecto, respecto de la comunidad ordinaria, el artículo 765 del Código Civil establece que «Cada comunero tiene la plena propiedad de su cuota (...) Puede enajenar, ceder o hipotecar libremente esa parte». Por argumento en contrario (*contrario sensu*), un comunero no puede disponer de la cosa común, globalmente considerada, sin consentimiento de los demás. En tal sentido, AVELEDO MORASSO señala: «Para la disposición de la cosa común se requiere la unanimidad de los comuneros (...) no es lícito a uno de los comuneros disponer de la totalidad

¹ AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Personas, Derecho Civil I*. UCAB. Caracas, 2017, p. 264.

del objeto del derecho»². Lo mismo se aplica a la comunidad conyugal. En efecto, como regla general, si un acto de disposición afecta a uno o más bienes que pertenecen a ambos cónyuges, o si un acto de disposición es de tal naturaleza que incide sobre la comunidad conyugal vista como un todo, entonces este acto requiere el consentimiento de ambos esposos.

En la comunidad ordinaria, el comunero puede vender su cuota-parte, o sea, su porción o porcentaje indiviso sobre un bien. En cambio, en la comunidad conyugal, el cónyuge no puede transferir sus derechos sobre la mitad, porque, en principio, la comunidad conyugal nace con el matrimonio y perdura hasta el fin del matrimonio, permaneciendo indivisible hasta su disolución. En efecto, por un lado, el artículo 149 del Código Civil establece que «Esta comunidad de los bienes gananciales comienza precisamente el día de la celebración del matrimonio; cualquiera estipulación contraria será nula». Y, por otro lado, el encabezado del artículo 173 del Código Civil establece que «La comunidad de los bienes en el matrimonio se extingue por el hecho de disolverse este o cuando se le declare nulo». El artículo 148 del Código Civil agrega: «Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio» (la «convención en contrario» del texto anterior son las capitulaciones matrimoniales).

Los bienes que estén a nombre de uno cualquiera de los cónyuges forman parte de la comunidad conyugal si fueron adquiridos durante el matrimonio. Es una comunidad de gananciales. El artículo 156 del Código Civil establece lo siguiente:

Son bienes de la comunidad:

1. Los bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio, a costa del caudal común, bien se haga la adquisición a nombre de la comunidad o al de uno de los cónyuges.

² AVELEDO MORASSO, Luis Eduardo: *Las cosas y el derecho sobre las cosas. Derecho Civil II*. Ediciones Paredes. Caracas, 2006, p. 301.

2. Los obtenidos por la industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo de alguno de los cónyuges.
3. Los frutos, rentas o intereses devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges.

Además, están los bienes propios de cada cónyuge, a los que se refiere el artículo 151 del Código Civil, que dispone:

Son bienes propios de los cónyuges los que pertenecen al marido y a la mujer al tiempo de contraer matrimonio, y los que durante este adquieran por donación, herencia, legado o por cualquier otro título lucrativo. Son también propios los bienes derivados de las acciones naturales y la plusvalía de dichos bienes, los tesoros y bienes muebles abandonados que hallare alguno de los cónyuges, así como los vestidos, joyas y otros enseres u objetos de uso personal o exclusivo de la mujer o el marido.

También son bienes propios, conforme al artículo 152 del Código Civil, los adquiridos durante el matrimonio por los siguientes conceptos:

1. Por permuta con otros bienes propios del cónyuge.
2. Por derecho de retracto ejercido sobre los bienes propios por el respectivo cónyuge y con dinero de su patrimonio.
3. Por dación en pago hecha al respectivo cónyuge por obligaciones provenientes de bienes propios.
4. Los que adquiera durante el matrimonio o a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido al casamiento.
5. La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas por la comunidad.
6. Por compra hecha con dinero proveniente de la enajenación de otros bienes propios del cónyuge adquirente.
7. Por compra hecha con dinero propio del cónyuge adquirente, siempre que haga constar la procedencia del dinero y que la adquisición la hace para sí.

Los bienes cuyo origen no esté o no pueda ser determinado son considerados parte de la comunidad conyugal. El artículo 164 del Código Civil establece: «Se presume que pertenecen a la comunidad todos los bienes existentes mientras no se pruebe que son propios de alguno de los cónyuges». Entonces, quien alegue que un activo no pertenece a la comunidad conyugal tiene la carga de probarlo. Es una presunción legal.

Por lo tanto, en Venezuela, la comunidad conyugal dura mientras dure el matrimonio, y, si los cónyuges no pactan otra cosa mediante capitulaciones matrimoniales, existen tres grupos de bienes: i. los bienes propios del esposo, es decir, principalmente los activos que el marido adquirió antes del matrimonio o heredó después; ii. los bienes propios de la esposa, es decir, principalmente los activos que la mujer adquirió antes del matrimonio o heredó después, y iii. los bienes de la comunidad conyugal, es decir, cualesquiera otros activos que, habiendo sido adquiridos durante el matrimonio, pertenecen conjuntamente a ambos cónyuges, incluyendo a. los salarios; b. otros ingresos, tales como dividendos, intereses, alquileres y otros frutos generados por los bienes propios de los cónyuges durante el matrimonio; c. los bienes adquiridos con dichos salarios u otros ingresos; d. el producto de la venta de estos bienes; e. los bienes a nombre de ambos cónyuges, y f. los bienes cuyo origen no se pueda determinar, que se presumen comunes.

Tanto el marido como la mujer administran y pueden disponer de sus bienes propios. En cuanto a los bienes comunes, tenemos que i. el cónyuge lo mismo que cualquier comunero, no puede individualmente, en principio, disponer de un bien completo de la comunidad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge, pues las cosas comunes pertenecen a ambos esposos; ii. se requiere una disposición expresa para que un activo de la comunidad conyugal sea válidamente enajenado o gravado por uno solo de los cónyuges, puesto que esto contraría el régimen establecido a todo lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, según el cual, si un bien es propiedad de dos personas, corresponde a ambas decidir conjuntamente cualquier acto de disposición que lo afecte como un todo, y iii. a diferencia de lo que ocurre en la comunidad ordinaria, un cónyuge no puede enajenar ni gravar su parte de la

comunidad conyugal, porque se trata de una comunidad indivisa e indivisible, ya que, como regla general, nace con el matrimonio y perdura hasta el fin del matrimonio.

Uno solo de los cónyuges no puede transferirle a nadie su mitad de uno o más bienes comunes, haciendo que el otro cónyuge los comparta con el comprador, como si fuera su esposo. Piénsese en lo absurdo que sería que el marido vendiera su porcentaje sobre, por ejemplo, la casa y el carro familiares, creando, a espaldas de su mujer, una comunidad ordinaria entre esta y el comprador. Esto no es legalmente posible, pues los bienes comunes constituyen un patrimonio separado; forman parte de una comunidad indivisa, la cual, en principio, solo termina cuando finalice el matrimonio, por lo que es indivisible hasta el fin de este. Mientras tanto, la regla general es que se necesita el consentimiento de ambos esposos para cualquier enajenación. Por lo mismo, mientras dure la comunidad conyugal, uno solo de los cónyuges tampoco puede gravar a favor de nadie su mitad de uno o más bienes comunes.

Así, si la comunidad de gananciales tiene, por ejemplo, cinco bienes, corresponde a cada uno de los esposos la mitad del total (incluyendo los pasivos comunes), y no la mitad de cada uno de los cinco bienes, individualmente considerado. Como regla general, la división de la comunidad solo puede ocurrir cuando los esposos dejan de estar casados, momento en el cual estos o sus herederos pueden celebrar un contrato de partición relativo a esos cinco bienes. En ese momento, se puede adjudicar a un esposo o sus herederos la propiedad total sobre, por ejemplo, tres bienes, y al otro esposo la propiedad total sobre los otros dos bienes, lo cual no se sabrá sino cuando se haga la partición. Antes, o sea, mientras haya comunidad de gananciales, cada cónyuge tiene un 50 % indiviso sobre la globalidad de los activos y pasivos, que no se puede dividir.

En conclusión, para realizar cualquier acto de disposición que incida sobre la comunidad conyugal, se requiere el consentimiento de ambos esposos, salvo norma en contrario. No puede ser de otra manera, pues los bienes conyugales pertenecen a los dos esposos, y, para que uno de ellos pueda disponer de esos

bienes, necesita un poder del otro, a menos que haya una norma legal que le permita actuar solo. Los bienes y cargas conyugales son un patrimonio separado del patrimonio de cada uno de los esposos, y constituyen una comunidad indivisa e indivisible mientras dure la comunidad de gananciales, que, en principio, solo se extingue al fin del matrimonio. En esto, la comunidad conyugal es totalmente distinta de la comunidad ordinaria, que no tiene vocación a perdurar en el tiempo y que en muchos casos tiene un solo bien, estando permitido a cada uno de los comuneros enajenar o gravar su parte.

El aparte del artículo 168 del Código Civil confirma que, como regla general, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, puesto que, sin este, hay que obtener una autorización judicial para el acto de disposición que incida sobre la comunidad conyugal. En efecto, esta norma dispone:

El juez podrá autorizar a uno de los cónyuges para que realice por sí solo, sobre bienes de la comunidad, alguno de los actos para cuya validez se requiere el consentimiento del otro, cuando este se encuentre imposibilitado para manifestar su voluntad y los intereses del matrimonio y de la familia así lo impongan. Igualmente, el juez podrá acordar que el acto lo realice uno de los cónyuges cuando la negativa del otro fuere injustificada y los mismos intereses matrimoniales y familiares así lo exijan. En estos casos el juez decidirá con conocimiento de causa y previa audiencia del otro cónyuge, si este no estuviere imposibilitado, tomando en consideración la inversión que haya de darse a los fondos provenientes de dichos actos.

Por lo tanto, la regla general es que el acto de disposición que afecte la comunidad conyugal debe ser consentido por ambos cónyuges, salvo que un juez autorice otra cosa, en las circunstancias excepcionales previstas en el texto precedente. Por consiguiente, el encabezado del artículo 170 del Código Civil establece:

Los actos cumplidos por el cónyuge sin el necesario consentimiento del otro y no convalidados por este, son anulables cuando quien haya participado

en algún acto de disposición con el cónyuge actuante tuviere motivo para conocer que los bienes afectados por dichos actos pertenecían a la comunidad conyugal.

Los artículos 168 y 170 fueron incorporados al Código Civil en la reforma de 1982. La mención del «necesario consentimiento del otro» cónyuge, del artículo 170, se refiere a la exigencia del artículo 168, que establece que, en determinadas operaciones, «Se requerirá del consentimiento de ambos» cónyuges. Entonces, conforme al artículo 170, si el prestamista tenía «motivo para conocer que los bienes afectados por» un crédito o garantía «pertenecían a la comunidad conyugal», las operaciones correspondientes pueden declararse nulas, por faltar el «consentimiento de ambos» esposos, exigido por el artículo 168. En cambio, por argumento en contrario, si el prestamista no tenía razones para conocerlo, esas operaciones no pueden declararse nulas. El régimen de comunidad conyugal existe entre las parejas casadas, salvo que los esposos hayan acordado otra cosa; así que, si el prestamista tiene «motivo para conocer que» el prestatario o garante está casado, también tiene «motivo para conocer que» cualquier crédito o garantía por un monto relevante impacta los bienes gananciales, por lo que el prestamista debe obtener el «necesario consentimiento» del cónyuge del prestatario o garante. En estos casos, el crédito o garantía afectan, bien sea los bienes gananciales globalmente considerados (caso del crédito en sí y la garantía personal), o los bienes gananciales individualmente considerados (caso de la garantía real). Si no existe una relación previa entre las partes de un contrato de crédito o garantía, consideramos que, de los artículos 168 y 170, se desprende el deber implícito del prestamista de solicitar la cédula de identidad del prestatario o garante, y, si está casado, de pedirle que su cónyuge firme la documentación correspondiente. Nada de esto se aplica si se trata de un crédito por un monto pequeño, que no es susceptible de perjudicar verdaderamente la comunidad conyugal.

2. Carácter enunciativo, y no taxativo, de la lista de actos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges contenida en el artículo 168 del Código Civil, extensible a otras operaciones, que, por su relevancia económica, afectan la comunidad conyugal

El artículo 168 del Código Civil presenta ejemplos de actos de disposición para los cuales «Se requerirá del consentimiento de ambos», o sea, ilustra operaciones que tienen que ser consentidas por ambos esposos, a saber: «para enajenar (...) o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, (y) fondos de comercio» (el paréntesis es nuestro). De manera innecesaria, el texto anterior agrega que lo anterior se aplica a los «aportes de dichos bienes a sociedades»; este añadido es superfluo, pues tales aportes entran dentro del concepto de «enajenar» utilizado previamente en la misma norma. Se trata de un listado enunciativo o lista abierta, extensible a actos similares; no se trata de una enumeración taxativa o lista cerrada, limitada a los actos mencionados. Las operaciones mencionadas en el artículo 168 ilustran casos sujetos a la regla general según la cual los actos de disposición relevantes que afecten bienes en comunidad (en este caso, la comunidad conyugal), requieren el consentimiento de los comuneros (en este caso, ambos esposos).

Entonces, esta lista es enunciativa porque no es más que una aplicación del régimen establecido a todo lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, según el cual, si un bien es propiedad de dos o más personas, corresponde a ambas decidir conjuntamente cualquier enajenación o gravamen que lo afecte como un todo, ya que, en la comunidad ordinaria, si un activo pertenece a dos personas, el acuerdo de ambas es indispensable para enajenarlo o gravarlo completo. En ausencia de una autorización judicial o de capitulaciones matrimoniales que establezcan un régimen de separación de bienes, para que los actos de disposición que afectan la comunidad conyugal puedan ser realizados por un solo cónyuge, se requiere, o bien un poder del otro cónyuge, o bien una norma legal expresa que excepcionalmente autorice a un cónyuge para realizar el acto de disposición sin el consentimiento del otro.

Conforme a lo explicado, el codificador civil estableció i. la comunidad de gananciales entre marido y mujer (artículos 148 y 156), ii. la presunción de que todos los bienes de los cónyuges son comunes a ambos (artículos 164), y iii. la regla general según la cual los actos de disposición sobre los bienes comunes requieren el consentimiento de ambos esposos o una autorización judicial, ilustrada con varios ejemplos (artículos 168 y 170). GUERRERO QUINTERO indica lo siguiente:

... en la misma norma ex artículo 168 se encuentra inmerso el principio del cual se deriva que no solo los bienes antes enumerados comprenden los comunitarios para cuya enajenación o gravamen se requiere el referido consentimiento, sino que al referirse en su texto, en el primer aparte de la norma en comento, a que «El juez podrá autorizar a uno de los cónyuges para que realice por sí solo, sobre los bienes de la comunidad, alguno de los actos para cuya validez se requiere el consentimiento del otro»; está indicando, al afirmar que «sobre los bienes de la comunidad», que no solo son los *supra* enumerados o enunciados, sino que son todos aquellos de la comunidad (en cuanto resulte aplicable el principio del consentimiento para disponer de los bienes) a que se refiere el artículo 148 del Código Civil (principio de la comunidad de gananciales), el 164 *eiusdem* (relativo a la presunción de comunidad patrimonial) y 156 *ibidem* («Son bienes de la comunidad», los allí mencionados)³.

Tiene sentido que sea abierta la lista de «inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, [y] fondos de comercio» del encabezado del artículo 168, porque, de lo contrario, esta norma tendría un ámbito más restringido que el artículo 170, el cual se refiere, en términos muy amplios, a «Los actos cumplidos por el cónyuge sin el necesario consentimiento del otro», los cuales «son anulables», siempre y cuando i. se trate de actos «no convalidados por

³ GUERRERO QUINTERO, Gilberto: «La acción de anulabilidad ex artículo 170 del Código Civil». En: *Estudios de Derecho Civil. Libro homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*. T. I. TSJ. Caracas, 2002, pp. 586 y 587.

este»; ii. la contraparte del cónyuge actuante tenga «motivo para conocer que los bienes afectados por dichos actos pertenecían a la comunidad conyugal», y iii. esta contraparte no haya transferido su derecho a un tercero «de buena fe» que tenga un título registrado «con anterioridad al registro de la demanda de nulidad».

En Venezuela, es frecuente que se deduzcan reglas generales del sistema legal en su conjunto. Este es el caso de la regla general conforme a la cual se requiere el consentimiento de ambos esposos para realizar actos de disposición que afecten la comunidad conyugal, como ocurre cuando se contrae un crédito o se otorga una fianza. Esta regla general no está explícita en el Código Civil, pues su artículo 168 solamente requiere expresamente tal consentimiento respecto de los «inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías», y «fondos de comercio». Sin embargo, esta regla general resulta de i. el hecho de que los activos de la comunidad conyugal pertenecen a los dos esposos, así que, lógicamente y en principio, el consentimiento de ambos es requerido para transferirlos o comprometerlos (excepto en los casos en los que una disposición legal excepcionalmente establece que basta el consentimiento de uno solo); ii. el hecho de que las operaciones mencionadas en el artículo 168, han sido consideradas meros ejemplos de actos de disposición que requieren el consentimiento de ambos esposos, y iii. el texto de otros artículos del Código Civil, comentados arriba, en particular a. el encabezado del artículo 170, que alude al «consentimiento necesario», y b. el encabezado del artículo 168, que alude a «los actos» de un cónyuge «para cuya validez se requiere el consentimiento del otro». Esta regla general se aplica al acto de contraer un crédito y otorgar una fianza, si son por montos considerables, pues son actos de disposición, y no actos de administración, y, por lo tanto, requieren el consentimiento de ambos esposos.

La doctrina mayoritaria reconoce que el artículo 168 contiene un listado no limitativo. En efecto, poco después de la reforma del Código Civil de 1982, MÉLICH-ORSINI señala en 1985, que la referencia a «inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones

y cuotas de compañías», y «fondos de comercio» del artículo 168 es una «enumeración de carácter enunciativo»⁴.

En 1991, GARCÍA DE ASTORGA establece, en el mismo orden de ideas, que la lista del artículo 168 tiene un «carácter meramente enunciativo», así que el consentimiento de ambos cónyuges puede ser requerido en casos distintos de «inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías» y «fondos de comercio»⁵.

En el mismo sentido, BOCARANDA ESPINOSA aclara, en el año 1984, que la lista de activos del artículo 168 es un «Núcleo Patrimonial Especial (NPE)», al cual se pueden añadir otros «bienes cuya naturaleza cuadra con la de los bienes ubicados en el NPE»⁶. Asimismo, en el año 2002, GUERRERO QUINTERO señala:

Los bienes comunitarios que no pueden ser objeto de enajenación (...) ni de gravamen, por parte de uno de los cónyuges sin el necesario consentimiento del otro, son: los inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio (...) Esta enumeración es enunciativa⁷.

Y el mismo GUERRERO QUINTERO continúa:

... para que proceda la anulabilidad del acto de disposición (...) realizado por uno de los cónyuges sin el asentimiento del otro que hubiere sido necesario, constituyen requisitos especialmente los siguientes (...) Que el

⁴ MÉLICH-ORSINI, José: «El régimen de los bienes en el matrimonio y la reforma del Código Civil de 1982». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 34. UCAB. Caracas, 1985, p. 248.

⁵ GARCÍA DE ASTORGA, Amarilis: «Administración de la comunidad conyugal en el Derecho positivo venezolano (parte II)». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 82. UCV. Caracas, 1991, p. 330.

⁶ BOCARANDA ESPINOSA, Juan José: *El régimen de los bienes matrimoniales en el nuevo Código Civil 1982*. Principios. Caracas, 1984, pp. 61, 63 y 87.

⁷ GUERRERO QUINTERO: ob. cit., p. 586.

bien de que se trate sea de aquellos enumerados enunciativamente en el artículo 168 del Código Civil, es decir, cualquier bien de la comunidad de gananciales dentro de esa concepción no limitativa⁸.

La doctrina mayoritaria también coincide en sostener que el listado del artículo 168 es extensible a otras operaciones, que, por su relevancia económica, afectan la comunidad conyugal.

Con respecto a la lista del artículo 168, surgida en la reforma del Código Civil de 1982, GARCÍA DE ASTORGA establece, en el año 1983, lo siguiente:

Para la realización de actos de disposición –a título gratuito u oneroso– sobre los bienes que mayor importancia económica representan dentro del patrimonio común, tales como: inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes o sociedades, se requiere, para su validez, del consentimiento de ambos cónyuges tal como lo dispone expresamente la ley en el nuevo artículo 168 del Código Civil⁹.

Las palabras «tales como» denotan que, en opinión de GARCÍA DE ASTORGA, la lista del artículo 168 es enunciativa o ilustrativa; y las palabras «mayor importancia económica» denotan que su criterio es que el sentido de esta lista es excluir, del requisito de consentimiento de ambos cónyuges, los bienes de poco valor.

Asimismo, MÉLICH-ORSINI, en el año 1985, apunta que «la intención manifiesta del legislador parece haber sido señalar todos aquellos derechos o bienes muebles de relevante significación económica en que pudiese estar representado el patrimonio conyugal»¹⁰.

⁸ GUERRERO QUINTERO: ob. cit., p. 592.

⁹ GARCÍA DE ASTORGA, Amarilis: «Evolución de la normativa jurídica que regula la participación de la mujer en la administración de la comunidad conyugal». En: *Revista de Derecho Privado*. N.º 1-1. UCV. Caracas, 1983, p. 63.

¹⁰ MÉLICH-ORSINI: ob. cit., p. 248.

Similarmente, GOVEA comenta, en el año 1992, lo que sigue:

... el expuesto «consentimiento a dos» de marido y mujer para la celebración de los negocios jurídicos referidos sobre los bienes determinados por el artículo 168 del Código Civil no puede distinguir entre bienes gananciales en razón del cónyuge que los aportó. La clara intención legislativa ha sido la de evitar la realización de actos de serio riesgo o de disminución de la entidad patrimonial que ponga en peligro un normal desenvolvimiento de la vida familiar¹¹.

En el mismo sentido, BOCARANDA ESPINOSA manifiesta, en 1994, que a la lista de activos del artículo 168, que él llama «Núcleo Patrimonial Especial (NPE)», se le pueden añadir otros bienes; concretamente, los activos cuya disposición requiere el consentimiento de ambos esposos, que él llama «consentimiento bilateral», son: cualquier «bien NPE expresamente previsto como tal por [el artículo] 168. O tácitamente incluíble debido a su significación económica». Por ejemplo, los «certificados de ahorro», aunque no estén mencionados en dicha norma, «requieren el consentimiento bilateral»¹². También apunta que, «si se trata de la realización de actos de trascendencia económica se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, aunque el bien haya sido adquirido personalmente»¹³.

Esto de la «importancia económica», «significación económica» o «trascendencia económica», o de los «actos de serio riesgo o de disminución de la entidad patrimonial que ponga en peligro un normal desenvolvimiento de la vida familiar», es compatible con la tesis de que un criterio importante para distinguir los actos de disposición de los actos de administración es que se trate de un bien u operación de cierta relevancia. AGUILAR GORRONDONA señala:

¹¹ GOVEA, Luis Guillermo: «Las operaciones bancarias ante el régimen de bienes de la comunidad conyugal». En: *Revista de Derecho Mercantil*. N.º 4. Maracaibo, 1987, pp. 15-56 (en adelante se citarán las páginas de la separata, donde el texto *supra* citado está en la p. 15).

¹² BOCARANDA ESPINOSA: ob. cit. (*El régimen de los bienes...*), pp. 61, 63 y 87.

¹³ BOCARANDA ESPINOSA, Juan José: *Guía informática sobre Derecho de Familia*. T. I. Principios. Caracas, 1994, p. 530.

Si la finalidad de la Ley al distinguir entre actos de simple administración y actos de disposición es establecer un régimen más severo para la celebración de estos (...) es lógico que la distinción entre ambas categorías de actos atienda a la trascendencia económica de los mismos¹⁴.

Consecuentemente, como regla general, los actos de disposición sobre bienes de la comunidad conyugal requieren el consentimiento de ambos esposos o autorización judicial, tal como lo ilustran los casos de la lista del artículo 168, extensiva a otros actos de importancia. En cambio, las operaciones insignificantes no califican como actos de disposición, por lo que no requieren el consentimiento de ambos esposos.

Hoy en día, también hay una clara tendencia jurisprudencial a considerar que es enunciativa la lista del artículo 168 de actos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges, extensiva a otras operaciones relevantes. Hace más de dos décadas, una sentencia de la Sala Constitucional declaró:

... de acuerdo con lo previsto en el artículo 168 del Código Civil se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, entre otros supuestos, cuando se trata de enajenación a título gratuito u oneroso o constitución de gravámenes sobre bienes gananciales¹⁵.

Esta sentencia fue invocada y el texto anterior fue transcrito en una decisión de la Sala de Casación Civil¹⁶. El fallo precedente fue objeto de un recurso de revisión ante la Sala Constitucional¹⁷, quien declaró que no ha lugar, que nuevamente transcribió el texto anterior. Recientemente, en el 2024¹⁸ la Sala de Casación Civil confirmó la jurisprudencia anterior, copiando otra vez el texto precedente. En todos estos fallos, el uso de las palabras «entre otros supuestos» da claramente a entender que el listado del artículo 168 no es taxativo. Y una decisión de la Sala de Casación Civil explica:

¹⁴ AGUILAR GORRONDONA: ob. cit., p. 264.

¹⁵ TSJ/SC, sent. N.º 24, del 23-01-02.

¹⁶ TSJ/SCC, sent. N.º 246, del 20-07-22.

¹⁷ TSJ/SC, sent. N.º 801, del 01-12-23.

¹⁸ TSJ/SCC, sents. N.ºs 161 del 04-04-24 y 297 del 24-05-24.

El artículo 170 del Código Civil (...) permite impugnar los actos jurídicos realizados por el cónyuge sin el consentimiento del otro cónyuge, cuando se dispone de un bien de la comunidad conyugal; pues, de conformidad con lo previsto en el artículo 168 del Código Civil, se requerirá del consentimiento de ambos cónyuges para enajenar o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, entre otros (...) Para ello, la citada norma establece que el cónyuge que no prestó el consentimiento necesario para la celebración del acto de disposición puede intentar la nulidad del acto (...) Para demandar la nulidad, se requiere que uno de los cónyuges haya cumplido un acto de disposición sin el consentimiento necesario del otro¹⁹.

Otro ejemplo es la decisión de segunda instancia²⁰ que fue confirmada por la Sala de Casación Civil, al declarar sin lugar un recurso de casación, sin tratar el fondo del asunto²¹. En ese caso, el juzgado superior mencionó lo siguiente, que fue transcrito por la Sala Civil y que confirma que los supuestos de hecho a los que alude el artículo 168, para los que se requiere lo que el artículo 170 llama el «el necesario consentimiento» de ambos esposos, son meramente ilustrativos, o sea, no se trata de un listado cerrado:

... los actos de enajenación o gravamen de los bienes gananciales tales como inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones, cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aporte de dichos bienes a sociedades.

Dicho Juzgado Superior partió de la base de que los créditos están sujetos al artículo 168, pero se negó a anular una fianza porque el prestamista fue engañado y no tenía razones para saber del matrimonio entre el prestatario y el fiador. Volveremos sobre esta sentencia más adelante.

¹⁹ TSJ/SCC, sent. N.º 117, del 17-03-15.

²⁰ *Id.* Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sent. del 14-06-18, exp. AP71-R-2017-001069/7258.

²¹ TSJ/SCC, sent. N.º 379, del 31-08-21.

Una decisión de la Sala Político-Administrativa anuló un contrato de cesión de crédito firmado por el marido sin el consentimiento de la mujer. La Sala aplicó el encabezado del artículo 170 del Código Civil, no siendo este contrato uno de los listados en el artículo 168 del Código Civil. En este caso, el acreedor tenía una acreencia contra la Corporación Venezolana de Guayana (CVG) y, sin el consentimiento de su cónyuge, se la cedió al demandante quien demandó a la CVG. En su demanda, la cónyuge del cedente hizo valer la nulidad de esta cesión, y la Sala, citando el artículo 170 del Código Civil, efectivamente la anuló. La Sala Político-Administrativa declaró lo que sigue, con respecto de la esposa del cedente:

... su cónyuge, cuyo consentimiento era indispensable por tratarse de un acto de disposición de un derecho de crédito perteneciente a la comunidad conyugal (...) consentimiento necesario que por el hecho del matrimonio con el cedente, le debió ser solicitado bajo pena de nulidad²².

No estando incluida la cesión de derechos de crédito en la lista del artículo 168 (salvo que se trate de un crédito respaldado con una garantía real, por ejemplo, un crédito hipotecario), es evidente que la Sala Político-Administrativa consideró que esta lista es enunciativa.

En el 2017, la Sala de Casación Civil se refirió, de manera general, a lo siguiente, con respecto al mismo artículo 168: «la necesidad legal de que exista la autorización o el consentimiento por parte de ambos cónyuges, a los fines de autorizar todas las actuaciones concernientes a negocios que de alguna manera podrían afectar el patrimonio de la comunidad»²³. Esta sentencia fue objeto de un recurso de revisión, y la Sala Constitucional declaró que no ha lugar²⁴. El uso por la Sala Civil, en una decisión confirmada por la Sala Constitucional, de la expresión «todas las actuaciones concernientes a negocios que de alguna manera podrían afectar el patrimonio de la comunidad», denota que el listado del artículo 168 es enunciativo.

²² TSJ/SPA, sent. N.º 529, del 21-03-02.

²³ TSJ/SCC, sent. N.º 838, del 14-12-17.

²⁴ TSJ/SC, sent. N.º 97, del 30-04-21.

Otra sentencia de la Sala Constitucional está referida a tres compraventas sucesivas del mismo inmueble. La primera es una compraventa respaldada por una fianza, en la que la compradora y el fiador, estando casados entre sí, presentaron cédulas de identidad de divorciados. En efecto, esta misma compraventa, el precio fue garantizado con hipoteca y también con una fianza, siendo el acreedor Banesco, Banco Hipotecario, la compradora y el fiador su esposo. Posteriormente, la compradora anterior le vendió el mismo inmueble a una sociedad mercantil (segunda compraventa), quien a su vez se lo vendió a unos esposos (tercera compraventa). Ahora bien, el fiador demandó a la compradora, los esposos de la tercera compraventa y a la sociedad mercantil, obteniendo una declaratoria de nulidad de las tres compraventas. Los esposos de la tercera compraventa solicitaron la revisión constitucional de esta declaratoria de nulidad. Con motivo de esta solicitud, la Sala Constitucional conoció el alegato de los esposos de la tercera compraventa, de que compradora y el fiador de la primera venta eran cónyuges y se identificaron con cédulas de divorciados, realizando un «ocultamiento de su relación matrimonial». Según la Sala Constitucional, esto, «de ser cierto, privaba a los partícipes de dichas actuaciones de la posibilidad jurídica de petitionar la nulidad de las ventas». Este alegato fue acogido por la sentencia, en la que la Sala Constitucional declaró que «ha lugar a la solicitud de revisión que interpusieron». Al respecto, la sentencia expresa:

... constata esta Sala Constitucional que (...) la ciudadana (...) cuando adquirió el inmueble (...) se identificó con el estado civil de divorciada, al igual que lo hizo el ciudadano (...) cuando, como divorciado, se constituyó como fiador (...) ocultando, de esa manera, su condición de cónyuge de la referida ciudadana; con lo cual incurrieron en falsa atestación (...) al ocultar su relación jurídica marital (...). En atención a tal situación, no existía una manera jurídicamente válida de que el ciudadano (...) pudiese sustraerse de los efectos perniciosos de su actividad ilícita, para pretender la nulidad de las ventas²⁵.

²⁵ TSJ/SC, sent. N.º 1147, del 14-12-22.

Si bien esta última decisión trata la nulidad de las ventas sucesivas, la raíz de tal nulidad estaría en el engaño perpetrado por los esposos, quienes le ocultaron al Banco que estaban casados, para que aceptara prestarle a la compradora los fondos para comprar el inmueble, con una fianza de su marido. De manera que la Sala Constitucional parte de la base de que las fianzas pueden ser anuladas conforme al artículo 168, aunque no estén en la lista del artículo 168 del Código Civil.

En conclusión, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges (encabezado de los artículos 168 y 170) o una autorización judicial (primer aparte del artículo 168), para los actos que –en palabras de la Sala Civil– «de alguna manera podrían afectar el patrimonio de la comunidad», lo cual presupone –en palabras de MÉLICH-ORSINI– que sean de «relevante significación económica». Como la enumeración del artículo 168 es –según la jurisprudencia reiterada por más de dos décadas y la doctrina casi unánime– ejemplificativa, esta norma abarca los créditos y fianzas grandes, aunque no estén mencionados expresamente.

3. Facultad de un cónyuge o de ambos para administrar o disponer de la comunidad conyugal

La lista de actos del artículo 168, que no tiene carácter taxativo, sino ilustrativo, enumera actos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges, lo cual es extensible a actos similares. Aunque esta norma no utiliza la expresión «actos de disposición», somos del criterio de que la norma se aplica a estos, y no es extensible a los actos de administración. Ahora bien, un correcto entendimiento de la norma implica, a nuestro juicio, acoger una interpretación amplia de lo que son actos de disposición, que incluya tomar créditos y dar fianzas, cuando son por montos relevantes.

Dado que los actos de administración están sujetos a un régimen menos severo que los actos de disposición, el encabezado del artículo 168 del Código Civil establece lo siguiente, con respecto a los actos de administración relativos a la comunidad conyugal (que no se aplica a los actos de disposición

relativos a la comunidad conyugal): «Cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo».

En consecuencia, la administración por los cónyuges de los bienes propios y de los bienes de la comunidad conyugal es como sigue: i. el marido administra sus bienes propios; ii. la mujer administra sus bienes propios; y iii. los bienes de la comunidad conyugal son administrados de la manera siguiente: a. los bienes de la comunidad conyugal que resulten del trabajo del marido u otro título legítimo atinente a él están bajo la administración del marido; b. los bienes de la comunidad conyugal que resulten del trabajo de la mujer u otro título legítimo atinente a ella están bajo la administración de la mujer y c. todos los demás bienes de la comunidad conyugal están bajo la administración conjunta de ambos esposos. Para los fines de las letras a y b precedentes, normalmente se considera que los bienes de la comunidad conyugal que estén a nombre de un solo cónyuge o bajo la posesión de un solo cónyuge son bienes resultantes del trabajo de ese mismo cónyuge o de otro título legítimo atinente a este.

Ahora bien, alguna doctrina y jurisprudencia parecen partir de la base de que los bienes comunes, o bien son activos de la comunidad resultantes del trabajo del marido u otro título legítimo atinente a él, o bien son activos de la comunidad resultantes del trabajo de la mujer u otro título legítimo atinente a ella. Pero no se debe olvidar que, en muchos casos, los activos fueron adquiridos conjuntamente, o, con el paso del tiempo, ya no se sabe de dónde salieron los bienes. De manera que hay que tomar en cuenta que existe una tercera categoría de bienes comunes, que no resulta del trabajo de uno solo de los cónyuges, ni de otro título legítimo atinente a uno solo de ellos, y que no está a nombre de un solo cónyuge, ni bajo la posesión de uno solo. Esta tercera categoría, que comprende los activos adquiridos por ambos esposos, los poseídos por ambos y aquellos cuya procedencia ya no se puede determinar, está sujeta, en principio, a un régimen de administración conjunta, pues no se le aplica el encabezado del artículo 168. Sin embargo, no es razonable, respecto de actos de administración de poca relevancia, exigir el consentimiento

de ambos. Este tema puede ser atendido considerando que cada cónyuge, con su desempeño diario, otorga un poder tácito al otro para realizar actos de administración de poca relevancia, o convalida las actuaciones de este último.

Si bien el cónyuge, cuyo trabajo u otro título legítimo resultó en la adquisición de un bien de la comunidad conyugal, es quien tiene derecho a administrar este bien, dicho cónyuge debe administrarlo responsablemente. El artículo 171 del Código Civil dispone:

En el caso de que alguno de los cónyuges se exceda de los límites de una administración regular o arriesgue con imprudencia los bienes comunes que está administrando, el juez podrá, a solicitud del otro cónyuge, dictar las providencias que estime conducentes a evitar aquel peligro.

En consecuencia, el cónyuge, cuyo trabajo u otro título legítimo resultó en la adquisición de un bien de la comunidad conyugal, es quien tiene derecho a administrar este bien, sujeto a que dicho cónyuge actúe responsablemente, puesto que ese bien pertenece también al otro cónyuge. Este derecho no existe con respecto a ningún otro activo de la comunidad conyugal, a saber: i. los bienes adquiridos como resultado del trabajo u otro título legítimo del otro cónyuge, que están bajo la administración de este último; ii. los bienes adquiridos como resultado del trabajo u otro título legítimo de ambos esposos, que están bajo administración conjunta, y iii. cualquier bien cuyo origen no haya sido o no pueda ser determinado, que está bajo administración conjunta, al menos si es un activo de relevancia económica.

Ahora bien, las normas sobre los actos de administración de la comunidad conyugal, descritas arriba, no se aplican a los actos de disposición de la comunidad conyugal, que, tal como indicamos antes, requieren, como regla general, el consentimiento de los dos esposos.

De hecho, una decisión de la Sala de Casación Civil comentó lo siguiente sobre los actos de administración bajo el encabezado del artículo 168 y los actos de disposición bajo la segunda parte del mismo artículo:

(Cada uno de) los cónyuges podrán administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, y (...) para los actos de disposición (...) para que surtan efectos legales, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges (el paréntesis es nuestro)²⁶.

El primer párrafo del artículo 168 también trata la legitimación activa, es decir, el derecho a demandar la nulidad de actos que afectan la comunidad conyugal y, al respecto, establece una distinción muy clara entre i. los actos de administración que, en principio, pueden ser realizados por un solo cónyuge, señalando que, en este caso, «la legitimación en juicio, para los actos relativos a la misma corresponderá al que los haya realizado»; y ii. los actos de disposición que, en principio, deben ser realizados por los dos cónyuges, señalando que, en este caso, «la legitimación en juicio para las respectivas acciones corresponderá a los dos en forma conjunta». Al respecto, GUILLERMO y GUARDIA escribieron:

... debe atenderse a la índole del contrato, pues si se trata de convenciones celebradas por los cónyuges que implican un acto de disposición de un bien sometido al régimen de comunidad, naturalmente que se hace imprescindible la comparecencia de ambos en los juicios que tengan relación con aquél, pero si, por el contrario, el contrato a que se refiere el juicio implica un acto de simple administración (como por ejemplo, un contrato de comodato o de arrendamiento de un inmueble que conforma la comunidad de gananciales, cuya resolución se discute) no se requerirá la participación conjunta de los cónyuges sino de aquel que lo administre o haya realizado la convención²⁷.

²⁶ TSJ/SCC, sent. N.º 655, del 04-11-15. La sentencia anterior fue citada por TSJ/SCC, sent. N.º 360, del 14-06-16 y fue ratificada por la TSJ/SC, sent. N.º 379, del 31-05-17. Más recientemente, un fallo de TSJ/SCS, sent. N.º 304, del 31-08-19, diferenció los actos de administración de los actos de disposición del artículo 168, repitiendo exactamente el mismo texto.

²⁷ GUILLERMO I., Mayra E. y GUARDIA S., Sara E.: «La legitimación en las causas comunes a los cónyuges». En: *Revista de Derecho*. N.º 10. TSJ. Caracas, 2004, p. 50.

La Sala de Casación Civil también distinguió entre los actos de administración y de disposición del artículo 168:

De acuerdo con la norma, se requerirá del consentimiento de ambos cónyuges para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de bienes inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades. En estos casos la legitimación en juicio para las respectivas acciones corresponderá a los dos cónyuges en forma conjunta.

La referida disposición prevé el derecho de intervención conjunta de los comuneros (cónyuges) en las acciones donde se pretenda la enajenación a título gratuito u oneroso de los bienes de la comunidad (...) actos propiamente de administración de dichos bienes (...) no se requiere del litis consorcio activo necesario²⁸.

En conclusión, se requiere una autorización judicial o el consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición.

4. La contratación de un crédito o el otorgamiento de una fianza como acto de disposición

En Venezuela, contraer una deuda es un acto de disposición, al menos si es por un monto relevante; no es, pues, un acto de administración. AGUILAR GORRONDONA señala:

²⁸ TSJ/SCC, sent. N.º 249, del 04-04-06. La TSJ/SC, sent. N.º 24, del 23-01-02, luego de expresar que se requiere el consentimiento de ambos cónyuges en, «entre otros», los casos nombrados expresamente en el artículo 168, declara que, en estos casos, «corresponde a ambos, de manera conjunta, la legitimación en juicio para las respectivas acciones». El texto anterior fue transcrito por TSJ/SCC, sent. N.º 246, del 20-07-22. La TSJ/SC, sent. N.º 801, del 01-12-23, declaró que no ha lugar a la revisión del fallo precedente y transcribió nuevamente el texto anterior. Posteriormente, TSJ/SCC, sents. N.ºs 161 del 04-04-24 y 297 del 24-05-24, confirmaron dicha jurisprudencia.

De acuerdo con la doctrina (...) tomar en préstamo es, en principio, un acto de disposición. Compartimos el criterio de la jurisprudencia extranjera de que, sin embargo, tomar en préstamo cantidades poco importantes que sean urgentes para la administración del patrimonio constituye un acto de simple administración²⁹.

Quien contrata un crédito contrae la obligación de devolver el dinero correspondiente, con los intereses y gastos a que haya lugar. Quien garantiza personalmente este crédito contrae la misma obligación, hasta por el monto afianzado. Por lo tanto, en Venezuela, el otorgamiento de, por ejemplo, una fianza, es, en principio, un acto de disposición, y no un acto de administración, al menos si es por un monto significativo. AGUILAR GORRONDONA sostiene que «La fianza constituye un acto de disposición para el fiador»³⁰. En tal sentido, AGUILAR GORRONDONA citó una decisión judicial que establece que «el otorgamiento de fianza constituye un acto que excede de la simple administración»³¹.

Similarmente, ZAMBRANO VELASCO expuso: «¿el contrato de fianza será un acto que exceda la simple administración? En doctrina prevalece la afirmativa, no obstante, debe estudiarse siempre el caso concreto»³². Al respecto, ZAMBRANO VELASCO citó la siguiente doctrina:

Para LAURENT es la capacidad de disponer; el fiador se obliga a pagar sin obtener nada en compensación de los riesgos que corre y aun cuando no hubiere tal, sigue siendo cierto que dispone de lo que se obliga a dar al acreedor si no lo hace el deudor principal, puesto que pagar es disponer³³.

²⁹ AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Contratos y garantías, Derecho Civil II*. UCAB. Caracas, 2011, p. 567.

³⁰ *Ibíd.*, p. 31.

³¹ *Vid.* Juzgado 2.º de Prim. Inst. en lo Civ. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. del 04-04-61; J.T.R., vol. IX, pp. 433 y 434.

³² ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *El contrato de fianza en el Derecho venezolano*. Caracas, 2001, p. 146.

³³ *Ibíd.*, p. 144.

En el mismo sentido, MONTELL señala que «el otorgamiento de fianza es (...) un acto de disposición del fiador (...) la constitución de la fianza no es un acto de simple administración»³⁴. Asimismo, HERNÁNDEZ NERI *et al.*, afirmaron que «la fianza constituye un acto de disposición y por lo tanto no puede darla quien tiene el simple poder de administración»³⁵.

Finalmente, BERNAD MAINAR expresó que, «En la medida que la fianza constituye para el fiador un acto de disposición y no de mera administración, este deberá contar con capacidad para disponer»³⁶.

Parafraseando a AGUILAR GORRONDONA, otorgar una fianza es un acto de disposición, excepto si es por una pequeña cantidad que sea urgente para la administración de los bienes, en cuyo caso es un acto de administración.

De modo que los cónyuges que no acordaron otra cosa mediante capitulaciones matrimoniales tienen tres conjuntos de bienes: los bienes propios de cada uno de los esposos y los bienes de la comunidad conyugal. Los bienes propios de cada esposo y los bienes de la comunidad conyugal pueden ser objeto de i. actos de administración, tales como hacer mantenimiento, reparaciones o mejoras en una propiedad, gerenciar un negocio, y tomar un crédito, otorgar una fianza o celebrar un contrato por —citando a AGUILAR GORRONDONA— «cantidades poco importantes que sean urgentes para la administración del patrimonio»; y ii. actos de disposición, tales como realizar enajenaciones o gravámenes y tomar un crédito u otorgar una fianza, lo cual presupone —citando a MÉLICH-ORSINI— que sean «de relevante significación económica»³⁷.

De manera que, como regla general, la contratación de un crédito y el otorgamiento de una fianza por un monto relevante, y la realización de cualquier

³⁴ MONTELL, Luis Raúl: *La institución de la fianza*. Livrosca. Caracas, 1999, p. 37.

³⁵ HERNÁNDEZ NERI, Santiago *et al.*: *Las garantías, lecciones fundamentales*. Editorial Sulibro. Caracas, 1973, p. 42.

³⁶ BERNAD MAINAR, Rafael: *Contratación civil en el Derecho Venezolano*. T. II. UCAB. Caracas, 2012, p. 217.

³⁷ MÉLICH-ORSINI: ob. cit., p. 248.

otro acto de disposición que incida sobre los bienes comunes, son actuaciones que deben ser consentidas por los dos cónyuges. En efecto, los activos de la comunidad conyugal pertenecen conjuntamente a ambos, por lo que, en principio, uno de los cónyuges, por sí solo, no puede realizar actos de disposición que los afecten. Estas actuaciones unilaterales de uno de los esposos no son pasivos de la comunidad conyugal. Se trata, citando a MÉLICH-ORSINI, de la siguiente situación: «una obligación que por sí sola no pueda reconducirse a una deuda de la comunidad, por ejemplo: un préstamo tomado por el marido, una fianza en interés de un tercero»³⁸. GARCÍA DE ASTORGA expone:

De conformidad con lo previsto en el artículo 168 del Código Civil, el Legislador exige el consentimiento de ambos cónyuges (...) dentro del texto legal se exige que el acto a realizarse se encuadre dentro de las categorías de enajenaciones o gravámenes; por sabido está, que se trata en ambos casos de actos de disposición. Para el caso de las enajenaciones, podemos calificar como tales, aquellos negocios de disposición atributivos de un derecho a otro sujeto, y en relación a los gravámenes también se catalogan como actos de disposición propiamente dichos, cuya característica fundamental radica en «exponer a la persona a la pérdida de bienes», se suelen señalar como ejemplos corrientes: la hipoteca, la fianza, la prenda³⁹.

Es razonable que las normas sobre actos de disposición de la comunidad conyugal se apliquen a los créditos y las fianzas por montos significativos, generalmente considerados actos de disposición, que, al exceder la mera administración, requieren, en principio, el consentimiento de ambos esposos. Esto es razonable, porque los créditos y las fianzas comprometen la totalidad de los bienes del prestatario y fiador; en cambio, otorgar una garantía real, que también es considerado un acto de disposición, solo compromete los bienes hipotecados o prendados.

En conclusión, un solo cónyuge no puede contratar un crédito, ni otorgar una fianza, que afecte la comunidad conyugal por su relevancia económica.

³⁸ *Ibíd.*, pp. 240 y 241.

³⁹ GARCÍA DE ASTORGA: *ob. cit.* («Administración de la comunidad...»), pp. 326 y 327.

Este crédito, o fianza, requieren, al igual que los demás actos de disposición otorgados por los cónyuges que afecten la comunidad conyugal, el consentimiento de ambos esposos, al menos si son económicamente relevantes. ¿Qué sucede si falta tal consentimiento?

5. Anulabilidad del crédito y la fianza, si son por montos relevantes, y de cualquier otro acto de disposición que pueda afectar la comunidad conyugal, realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro

De acuerdo con el aparte del artículo 168 del Código Civil, la falta de consentimiento de ambos cónyuges o de autorización judicial afecta la «validez» de los actos de disposición que puedan incidir sobre la comunidad conyugal. Y, de acuerdo con el encabezado del artículo 170 del mismo Código Civil, estos actos «son anulables». De modo que el acto de disposición realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro, que afecte la comunidad conyugal, está viciado de nulidad relativa o anulabilidad. La última norma establece dos requisitos: i. que «quien haya participado en algún acto de disposición con el cónyuge actuante tuviere motivo para conocer que los bienes afectados por dichos actos pertenecían a la comunidad conyugal» y ii. que se trate de actos «no convalidados por» el cónyuge de este último.

El encabezado del artículo 170 ha sido objeto de decisiones de la Sala de Casación Civil, por ejemplo, i. declaró que «de la norma se deriva» que «el cónyuge que no convalidó el acto de disposición o (*sic*) no prestó su consentimiento para la realización de esa operación puede ejercer la acción de nulidad contra ese acto»⁴⁰, y ii. declaró que «contiene la acción de nulidad que corresponde a cualquiera de los cónyuges, que no haya consentido ni convalide los actos de disposición realizados por el otro, sobre bienes comunes»⁴¹.

La nulidad prevista por el artículo 170, respecto de los actos realizados por un solo cónyuge, pero que requieren del consentimiento de los dos bajo el

⁴⁰ TSJ/SCC, sent. N.º 218, del 27-03-06.

⁴¹ TSJ/SCC, sent. N.º 185, del 13-04-15.

artículo 168, solo puede ser demandada por el cónyuge que no intervino en el acto, cuya protección es la finalidad de ambos artículos. El cónyuge que realizó la operación no puede demandar su nulidad, lo cual es compatible con la máxima de que nadie puede invocar su propia torpeza, conforme al aforismo romano *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que, en el ordenamiento jurídico venezolano, tiene rango de principio general del Derecho. Esta máxima es comúnmente aceptada en Venezuela y ha sido invocada muchas veces por la Sala Constitucional⁴².

Ahora bien, el cónyuge no interviniente no puede intentar la acción de nulidad si incurrió en culpa, conforme a la referida decisión dictada por tribunal de instancia confirmada por la Sala de Casación Civil⁴³. Según el fallo del juzgado superior, ambos esposos utilizaban cédulas de identidad que expresaban que estaban solteros. La prestamista, que tuvo acceso a esas cédulas, era beneficiaria de una fianza otorgada por una compañía anónima y uno de los esposos, quien representaba a esta. La prestamista, que pudo verificar la identificación del fiador, tenía, pues, razones para asumir que era soltero, sin tener por qué investigar más su estado civil, para enterarse de su matrimonio con la deudora y, por ende, de la existencia de la comunidad conyugal, que fue alegada luego por esta para impugnar la fianza. Por lo tanto, el juzgado superior rechazó anular la fianza. Fue correcto desechar la anulación, porque ambos cónyuges incurrieron en culpa y la prestamista no tenía ningún «motivo para conocer que» la fianza afectaría bienes que «pertenecían a la comunidad conyugal», que es un requisito para la procedencia de la acción de nulidad del fiador, bajo el encabezado del artículo 170. En efecto, según el juzgado superior, el marido «no ha informado a las autoridades de identificación su nuevo estado civil», y su esposa estaba en una «situación igual», lo que califica como una «viveza tonta». En relación con la culpa de ambos cónyuges, el juzgado superior declaró:

... esta «viveza» trae como consecuencia que la tutela del artículo 168 del Código Civil se haga inoperativa, ya que el requerimiento (...) queda

⁴² Por ejemplo: TSJ/SC, sents. N.ºs 254, del 07-07-22; 471, del 02-07-18; 1306, del 26-06-07; 1175, del 16-07-08 y 318, del 09-03-01.

⁴³ TSJ/SCC, sent. N.º 379, del 31-08-21.

soslayado por la conducta de los cónyuges que se permiten actuar con una cédula de solteros. El tercero (la prestamista) al no acreditarse que conociera al demandante, que fuera familiar de la misma, no puede presumirse que tuviera motivos para conocer o tuviera conciencia de que el garante de la obligación contraída estaba casado y se estuviera comprometiendo con bienes que pertenecen a la comunidad conyugal (los paréntesis son nuestros).

La acción de nulidad no se justifica contra los terceros adquirentes que no hayan incurrido en culpa; por ejemplo, un individuo vende, escondido de su cónyuge, un activo relevante de la comunidad conyugal, y el comprador, que sabía que estaban casados, a su vez se lo vende a un tercero, quien no tiene conciencia del problema. Dicho tercero está amparado por el primer aparte del mismo artículo 170: «Quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que, no habiendo participado en el acto realizado con el cónyuge, hubiesen registrado su título con anterioridad al registro de la demanda de nulidad». La finalidad de esta norma es la protección de la buena fe y la libre circulación de bienes. En consecuencia, puede suceder que un cónyuge unilateralmente realice un acto de disposición que transfiera o de otra manera comprometa un bien específico de la comunidad conyugal, que es luego adquirido por un tercero, quien no está consciente de ello, en cuyo caso este último no puede ser privado de su derecho. Esta es una situación excepcional, en la que el cónyuge, cuyo consentimiento no fue requerido, no puede anular el acto de disposición relevante de su esposo que afecta la comunidad conyugal, porque un tercero de buena fe está involucrado, quien sufriría un daño en razón de tal nulidad, lo cual no se plantea respecto de los créditos y fianzas, que afectan la globalidad del patrimonio, y no bienes aislados. Esta excepción no se aplica a tomar créditos o dar fianzas, lo que afecta todo el patrimonio del prestatario o fiador, y no ciertos bienes individualizados.

El demandar la nulidad es un derecho del cónyuge de buena fe, a cuyas espaldas se realizó el acto anulable, fue reconocido por dos decisiones de la Sala Constitucional, que similarmente expresan que el artículo 170 «está referido al derecho que tiene el cónyuge afectado de que se declare la nulidad

de los actos cumplidos por el otro sin su consentimiento»⁴⁴, y «establece el derecho que tiene el cónyuge de solicitar la nulidad de los actos de disposición realizados por el otro sobre bienes de la comunidad de gananciales sin el consentimiento de este»⁴⁵.

Dado que la regla general es que los actos de disposición requieren, bajo pena de nulidad, el consentimiento de ambos cónyuges (encabezado del artículo 170), y dado que la enajenación y gravamen de «inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías» y «fondos de comercio» (listado del artículo 168) son meros ejemplos de esto, tenemos que la acción de nulidad puede intentarse con respecto a cualquier acto de disposición relevante que afecte la comunidad conyugal globalmente considerada, o cualquier acto de disposición relevante que afecte a un activo particular de esta. BOCARANDA ESPINOSA señala que esta acción «procede respecto a todos los bienes de la comunidad matrimonial, a condición de que se trate de actos de disposición»⁴⁶. Obviamente, otorgar una garantía real es un acto de disposición, pues quien grava un bien está disponiendo de él. Asimismo, tal como explicamos precedentemente, contraer un crédito u otorgar una fianza son actos de disposición, siempre que se trate de una cantidad relevante, pues son operaciones que inciden sobre todo el patrimonio del prestamista o fiador.

Los actos de disposición son también llamados «actos que exceden la mera administración», y si una persona contrae un crédito o emite una fianza por un monto relevante, no relacionados con el manejo ordinario de sus activos, esta operación es un acto de disposición, puesto que excede la mera administración y compromete todo el patrimonio conyugal. Por ende, este crédito o fianza está sujeto a la regla general del encabezado del artículo 170 del Código Civil, según la cual los actos de disposición susceptibles de afectar la comunidad conyugal, realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro, son ilegales y por ende anulables, tal como lo ilustran las situaciones retratadas en la lista del artículo 168 del Código Civil.

⁴⁴ TSJ/SC, sent. N.º 983, del 17-06-08.

⁴⁵ TSJ/SC, sent. N.º 10, del 11-02-22.

⁴⁶ BOCARANDA ESPINOSA: ob. cit. (*El régimen de los bienes...*), p. 101.

Ahora bien, ¿por qué si una persona realiza con un solo cónyuge un acto de disposición susceptible de incidir sobre la comunidad conyugal, teniendo razones para pensar que está casado, el otro cónyuge puede invocar su nulidad relativa? Esta anulabilidad se justifica, dada la mala fe de esta persona: tenía motivos para conocer la existencia del matrimonio, y, no obstante, omitió exigir el consentimiento de ambos esposos. Por el contrario, si esta persona no sabía ni tenía por qué saber del matrimonio, no tendría sentido que pidiera tal consentimiento; en consecuencia, esta persona actuó de buena fe, así que la acción de nulidad no se justifica.

Por consiguiente y como regla general, si un cónyuge, sin la aceptación del otro, realiza un acto de disposición susceptible de afectar la comunidad conyugal, esta operación es ilegal, y, por lo tanto, es anulable, salvo la protección legal dada excepcionalmente a los terceros a la pareja, si obraron de buena fe, a saber: i. la contraparte contractual del cónyuge actuante, si esa contraparte no tenía motivos para saber que este cónyuge estaba casado (el encabezado del artículo 170); y ii. los causahabientes de esa contraparte contractual que ignoran el problema, siempre y cuando hayan registrado su título antes de que el cónyuge no actuante registre su demanda de nulidad (primer aparte del artículo 170).

Nada de esto se plantea con respecto al individuo que, sin consultar a su cónyuge, toma un crédito o da una fianza por un monto significativo, así que la protección a terceros de buena fe no es impedimento para que este cónyuge impugne el crédito o la fianza, salvo en la siguiente situación (que es casi un caso de laboratorio): el prestamista cede sus derechos bajo los documentos relativos al crédito o fianza, y el cesionario ignora que el prestatario o fiador obvió a su cónyuge; y la cesión está documentada en un título registrado antes de que este registre su demanda de nulidad. En situaciones distintas de la anterior, que es difícil que se dé en la práctica, si un cónyuge, a espaldas del otro, contrae créditos u otorga fianzas por montos relevantes, estas operaciones son anulables por este, a menos que el prestamista tenga razones para estar enterado de que el prestatario o el fiador estaba casado, y, por ende, existe, en principio, una comunidad conyugal.

La referida decisión de la Sala Constitucional (N.º 983/08) declara que la acción de nulidad requiere que «quien haya participado en algún acto de disposición con el cónyuge actuante tuviere conocimiento de que los bienes afectados por dichos actos pertenecían a la comunidad conyugal». Asimismo, la Sala de Casación Civil expresó que la anulación requiere «que el tercero contratante tuviere motivos para conocer o saber que estaba negociando un bien para cuya disposición o enajenación se requería el consentimiento de ambos cónyuges y no obstante lo celebró con uno solo de ellos»⁴⁷. La Sala Civil, en una sentencia, citó textualmente el fallo anterior⁴⁸.

Al respecto, una decisión de la Sala de Casación Civil (N.º 117/15, antes citada), comenta lo que sigue, con respecto a la posibilidad de intentar una acción de impugnación bajo el artículo 170:

Para demandar la nulidad, se requiere que uno de los cónyuges haya cumplido un acto de disposición sin el consentimiento necesario del otro; que el tercero contratante tuviere motivo para conocer que los bienes afectados por el acto pertenecían a la comunidad conyugal; que el acto no haya sido convalidado por el cónyuge no actuante.

Muchas sentencias identifican los requisitos anteriores con las letras a., b. y c. Por ejemplo, el fallo de la Sala Constitucional (N.º 983/08), expresa:

... la jurisprudencia imperante respecto a la nulidad fundamentada en el artículo 170 del Código Civil, radica en la procedibilidad de dicha demanda de nulidad cuando concurren los tres requisitos establecidos, a saber:

- a. Que uno de los cónyuges haya cumplido un acto sin el consentimiento necesario del otro;
- b. Que dicho acto no haya sido convalidado por el cónyuge no actuante; y

⁴⁷ TSJ/SCC, sent. N.º 472, del 13-12-02.

⁴⁸ TSJ/SCC, sent. N.º 700, del 10-08-07. Esta última decisión fue ratificada, con una transcripción del texto precedente, *vid.* TSJ/SCC, sents. N.ºs 655, del 04-11-15; 838, del 14-12-17; 104, del 22-03-23, y TSJ/SC, sent. N.º 983, del 17-06-08.

- c. Que el tercero contratante tuviere motivos para conocer o saber que (...) se requería el consentimiento de ambos cónyuges y no obstante lo celebró con uno solo de ellos.

La Sala de Casación Civil repitió los requisitos a., b. y c., que acabamos de transcribir, en dos decisiones⁴⁹. La Sala Constitucional también repitió estos tres requisitos⁵⁰, que a su vez fue citada en una decisión de la Sala Civil⁵¹. Lo anterior fue resumido así, en una decisión de la Sala Civil:

... el artículo 170 del Código Civil, contiene tres requisitos de procedibilidad de la acción de nulidad, correspondientes: a. Que uno de los cónyuges haya cumplido un acto sin el consentimiento necesario del otro; b. Que dicho acto no haya sido convalidado por el cónyuge no actuante, y, c. Que el tercero contratante lo haya sido de buena fe⁵².

Pues bien, la referida decisión de la Sala Civil (N.º 379/21), que confirmó la mencionada sentencia emitida por el Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas del 14 de junio de 2018, declaró, con respecto a una fianza, que los requisitos establecidos en las precedentes letras a. y b. fueron cumplidos, pero que el requisito establecido en la precedente letra c. no fue cumplido, concluyendo en que, en este caso particular, la fianza no era anulable. La sentencia del juzgado superior fue citada en la decisión la Sala Civil, que transcribió, entre otros, el siguiente texto:

... esta acción del cónyuge afectado de demandar la anulación de la operación, requiere del cumplimiento de los presupuestos procesales (...) para su procedencia se han de cumplir con (...) presupuestos procesales de procedencia, a saber: a. un acto cumplido por uno de los cónyuges sin

⁴⁹ TSJ/SCC, sents. N.ºs 723, del 20-11-14 y 838, del 14-12-17.

⁵⁰ TSJ/SC, sent. N.º 115, del 07-03-16.

⁵¹ TSJ/SCC, sent. N.º 360, del 14-06-16.

⁵² TSJ/SCC, sent. N.º 480, del 20-11-19. Y lo dicho en la sentencia anterior fue ratificado en TSJ/SCC, sent. N.º 246, del 26-04-24.

el consentimiento necesario del otro; b. que el cónyuge no actuante no haya convalidado dicho acto, c. que el tercero contratante tuviere motivo para conocer o tuviera conciencia de que el bien (...) pertenece a la comunidad conyugal y de la ausencia de consentimiento del cónyuge no actuante.

En este caso, el juzgado superior se negó a anular una fianza, no porque las fianzas estén ausentes del listado del artículo 168, sino, principalmente, porque el beneficiario no tenía razones para saber de la comunidad conyugal. Cuando la decisión emitida por el juzgado superior fue confirmada por la Sala Civil, esta declaró, respecto del préstamo y la fianza:

De la transcripción que antecede se desprende que el juzgador de alzada al valorar los presupuestos de procedencia de la presente acción, vale decir, a. que uno de los cónyuges haya cumplido un acto sin el consentimiento necesario del otro; b. que dicho acto no haya sido convalidado por el cónyuge no actuante, y c. que el tercero contratante tuviere motivos para conocer o saber que estaba negociando un bien para cuya disposición o enajenación se requería el consentimiento de ambos cónyuges y no obstante lo celebró con uno solo de ellos; indicó sobre el primero, que del aludido contrato de préstamo se evidencia que la actora, en su condición de cónyuge del ciudadano (...) no dio su consentimiento para suscribir el referido préstamo de interés, por lo que dio por satisfecho dicho requisito. Asimismo, al valorar el segundo requisito, señaló que no se observa la convalidación de dicho contrato por la prenombrada cónyuge, dando por cumplido este requisito. En cuanto al tercer presupuesto, estableció que del cúmulo probatorio que riel en el expediente no se evidencia que la hoy actora haya demostrado que (...) C. A., conociera del estado civil del ciudadano (...) para el momento en que suscribieron el contrato de préstamo de interés *in comento*, por lo que declaró insatisfecho el tercer requisito de procedencia de la presente acción.

Lo anterior no genera confusión ni se trata de razonamientos que se destruyen los unos a los otros, pues de lo anterior se desprende que el juzgador de alzada debidamente analizó los requisitos de procedencia de la presente acción, no encontrado procedente el tercero de estos.

De modo que la Sala Civil declaró que «el juzgador de alzada debidamente analizó los requisitos de procedencia» de la acción de nulidad contra el «préstamo» del cónyuge que no lo consintió, cuando estableció, entre otras cosas, que «se requería el consentimiento de ambos cónyuges y no obstante» el prestamista «lo celebró con uno solo de ellos».

Es correcto extender el listado del artículo 168 a la contratación de un crédito significativo o su afianzamiento, exigiendo la firma de ambos esposos, dado que i. son actos de disposición que pueden afectar todo el patrimonio conyugal, y ii. lo relevante, en palabras de la Sala Civil, es que «el juzgador de alzada debidamente analizó los requisitos de procedencia de la presente acción» de nulidad contra un «préstamo» cuando requirió, entre otras cosas, «el consentimiento de ambos cónyuges».

La Sala Constitucional declaró, con razón, que la anulabilidad puede ser invocada por parejas casadas, y no por concubinos, por cuanto:

... en el caso de los concubinos, la Ley no obliga a dar el consentimiento para trasladar la propiedad de algún bien común, por cuanto el consentimiento para la venta de bienes de la comunidad está estatuido para las que se corresponden a la comunidad conyugal, no así para la comunidad concubinaria⁵³.

Sin embargo, algunas de las decisiones citadas tienen afirmaciones incorrectas. Por ejemplo, el Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, contradiciéndose a sí mismo, ignorando la mejor doctrina y omitiendo toda explicación seria, incluyó el texto siguiente en su citada decisión del 14 de junio de 2018: «la fianza constituye un acto de administración que puede ejecutar cualquiera de los cónyuges sin el debido consentimiento del otro para su validez». En su decisión (sent. N.º 379/21), la Sala Civil hizo caso omiso de esto, así que lo consideró irrelevante en su análisis de los requisitos de la acción de nulidad contra un contrato de crédito o de fianza del cónyuge que no lo consintió.

⁵³ TSJ/SC, sent. N.º 51, del 01-03-23.

La Sala Político-Administrativa afirmó, absurdamente, que el contrato de cesión que anuló a petición de la esposa seguía vinculando al esposo y al cesionario⁵⁴. No conocemos ningún otro caso en el que, desafiando la lógica, un contrato sea anulado para una persona y ratificado para otra. El artículo 170 usa la palabra «anulables», y no la palabra inoponibles.

6. Práctica generalizada de los prestamistas profesionales, de solicitar la identificación de los prestatarios o fiadores, si son personas naturales, para verificar su estado civil; y culpa en la que incurre el prestamista que no la solicite, y consecuente responsabilidad de este

Conforme a lo explicado, realizar un acto de disposición, incluyendo contraer un crédito u otorgar una fianza que no sean por un monto pequeño, es una operación que requiere, en principio, el consentimiento de ambos esposos, para afectar la comunidad conyugal. Y, en caso de que no exista una relación previa entre las partes, tenemos que, de los artículos 168 y 170 del Código Civil, se desprende el deber implícito del prestamista de solicitar la cédula de identidad del prestatario o fiador, y, si está casado, pedirle que su cónyuge firme la documentación.

En efecto, la contraparte del cónyuge actuante debe solicitar la identificación de este, normalmente pidiendo su cédula de identidad, que incluye su estado civil (y no su pasaporte, que no lo incluye), a fin de asegurarse que el acto de disposición sea válido. Entonces, el que el prestamista verifique el estado

⁵⁴ TSJ/SPA, sent. N.º 529, del 21-03-02, en dicha decisión declaró: «la validez de dicha cesión solo se verifica en cuanto al cedente, mas no respecto de su cónyuge, cuyo consentimiento era indispensable por tratarse de un acto de disposición de un derecho de crédito perteneciente a la comunidad conyugal y no solo a uno de sus miembros. Al no constar el consentimiento de la cónyuge y tampoco su convalidación; y, por el contrario, su expresa oposición mediante la solicitud de nulidad, así como resulta indudable presumir que el cesionario conocía del estado civil del cedente, por lo cual forzoso es declarar válida la cesión efectuada por el ciudadano (...) solo respecto de lo que le corresponde por integrar la comunidad conyugal de bienes; y nula la cesión del derecho de crédito con relación a la ciudadana...».

civil del prestatario o fiador, en su cédula de identidad, es una práctica común en Venezuela. En caso de que la cédula de identidad del cónyuge actuante no esté actualizada, este puede presentar su acta de matrimonio (si la cédula dice que el cónyuge actuante está soltero y en realidad está casado), la partida de defunción del otro cónyuge (si la cédula dice que el cónyuge actuante está casado y en realidad es viudo) o la sentencia de divorcio (si la cédula dice que el cónyuge actuante está casado y en realidad está divorciado), para que su contraparte pueda chequear el estado civil actual del cónyuge actuante.

Hay varias sentencias referidas a casos en que se revisó la identificación de los otorgantes de contratos, para ver su estado civil, a fin de solicitar el consentimiento de los cónyuges, que es necesario si están casados.

Mediante la referida decisión de la Sala de Casación Civil decidió el caso de un vendedor que vendió una propiedad a un comprador sin el consentimiento de la esposa de este. La esposa demandó al comprador y al vendedor, alegando la nulidad del contrato de compraventa. La Sala Civil ratificó una decisión emitida por un tribunal superior, que declaró que este contrato era válido, porque el comprador solicitó la cédula de identidad del vendedor, en la que constaba que era viudo, por lo que el comprador actuó de buena fe al no solicitar la aceptación de su esposa:

... las circunstancias de que en el propio documento de compraventa (...) el vendedor haya declarado que su estado civil es el de «viudo» y que así también fue identificado (...) conducen a considerar que el comprador desconocía que la propiedad del bien vendido no correspondía plenamente al vendedor, sino a la referida comunidad conyugal⁵⁵.

También está la citada sentencia del Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas del 14 de junio de 2018, confirmada por la también citada Sala Civil⁵⁶. Según el Juzgado Superior, los esposos suscribían documentos

⁵⁵ TSJ/SCC, sent. N.º 700, del 10-08-07.

⁵⁶ TSJ/SCC, sent. N.º 379, del 31-08-21.

como si no estuvieran casados, utilizando cédulas de identidad de solteros; y la prestamista creyendo, por ende, que el marido era soltero, recibió una fianza otorgada por este sin su mujer, a título personal y en nombre de una Compañía Anónima. Como la prestamista tenía razones para asumir que no había comunidad conyugal, el Juzgado Superior declaró sin lugar la acción de nulidad.

Adicionalmente, la Sala Civil declaró improcedente la nulidad de una operación, demandada por la cónyuge no actuante, en virtud de su mala fe, y la buena fe de la contraparte del cónyuge actuante, ya que ambos esposos, en sus negocios, habitualmente se identificaban como solteros. Se trata de un caso de una venta de acciones. La Sala Civil declaró que la venta era válida, ya que el comprador y su esposa habitualmente se presentaban como solteros en las operaciones que realizaban:

... ambos cónyuges vienen adoptando una práctica común entre ellos, cual es, identificarse como solteros en sus respectivas negociaciones (...) figura dentro de ese legajo probatorio, copia de cédula de identidad de la prenombrada ciudadana en la que se lee de estado civil «soltera» (...) De igual manera ocurrió con el ciudadano (...) quien aparece identificado como soltero (...) de las actas se evidencia, que ambos cónyuges han tenido la práctica de identificarse como solteros (...) se tiene por demostrado el hecho alegado por los codemandados de autos, y es que los cónyuges (...) tenían la conducta de presentarse en los negocios por ellos realizados, como solteros (...) era una práctica de ambos cónyuges identificarse como solteros en las negociaciones efectuadas⁵⁷.

Y la sentencia de la Sala Constitucional⁵⁸ que versa sobre unas compraventas sucesivas del mismo inmueble, estando el precio de la primera compraventa garantizado con hipoteca y fianza, en que el acreedor era un banco hipotecario, la compradora y el fiador. La Sala Constitucional conoció un alegato según el cual estos, siendo cónyuges, se identificaron con cédulas de divorciados, con

⁵⁷ TSJ/SCC, sent. N.º 480, del 20-11-19.

⁵⁸ TSJ/SC, sent. N.º 1147, del 14-12-22.

lo que realizaron un «ocultamiento de su relación matrimonial»; lo cual, «de ser cierto, privaba a los partícipes de dichas actuaciones de la posibilidad jurídica de petitionar la nulidad de las ventas». Este alegato fue acogido por la Sala Constitucional, quien constató que la compradora «... cuando adquirió el inmueble (...) se identificó con el estado civil de divorciada, al igual que lo hizo (...) como divorciado, se constituyó como fiador (...) ocultando, de esa manera, su condición de cónyuge de la referida ciudadana»; y declaró que ambos cónyuges «incurrieron en falsa atestación (...) al ocultar su relación jurídica marital», y que «no existía una manera jurídicamente válida de que el ciudadano (...) pudiese sustraerse de los efectos perniciosos de su actividad ilícita, para pretender la nulidad».

Estas decisiones confirman i. la regla general de que se requiere el consentimiento de ambos esposos para los actos de disposición que afecten la comunidad conyugal y ii. la práctica, que es muy común en Venezuela, de verificar la identificación de la contraparte contractual persona natural, para ver si está casada, porque no hacer esta verificación pone a riesgo la validez del contrato. También hay jurisprudencia referida, más específicamente, a la nulidad de créditos y fianzas. Veamos:

En la citada decisión de la Sala Constitucional decidió el caso de un prestatario que solicitó un crédito a un prestamista (un banco), afirmando que era soltero, lo cual fue corroborado por el prestamista con la cédula de identidad del prestatario. Sin embargo, el prestatario en realidad estaba casado, y su esposa demandó al prestamista y al prestatario, con el fin de anular el crédito. El prestamista se defendió afirmando que actuó de buena fe, creyendo que el prestatario era soltero, y que, por tanto, el crédito era válido. Sin embargo, la Sala de Casación Social declaró sin lugar un recurso de casación contra una sentencia de instancia que a su vez anuló el crédito, por considerar que debió requerir la aceptación de la esposa del prestatario. La Sala Constitucional revocó, con razón, esta decisión, por cuanto:

... Banco Universal probó que el ciudadano (...) había alegado en todo momento que su estado civil era soltero y con esa cualidad se había obligado,

lo cual se verificaba además de su documento de identificación (cédula), de los documentos de propiedad dados para constituir las hipotecas y del oficio (...) Imponer al hoy solicitante de la revisión, investigar la relación jurídica existente entre la ciudadana y (...) sería infructuoso, porque dichos ciudadanos adquirieron las propiedades hipotecadas en calidad de solteros⁵⁹.

Estas decisiones confirman que los bancos y otras compañías que otorgan créditos o celebran otros contratos con personas naturales suelen revisar su cédula de identidad, para ver su estado civil, a fin de pedir el consentimiento de sus cónyuges si están casadas. De estas decisiones, se desprende que es una buena práctica solicitar la identificación de la contraparte persona natural, pues, si está casada, en principio se necesita la aceptación de su cónyuge. Se trata de una medida de prudencia, pues, si, por ejemplo, el prestatario o fiador están sujetos a un régimen de comunidad conyugal, la operación puede ser nula, por faltar tal consentimiento. Pedir la cédula es una costumbre de los bancos y otras compañías en Venezuela, para asegurarse de la validez del crédito o fianza. En efecto, cualquier prestamista razonable que no conozca el estado civil de la persona natural a quien le va a dar un crédito, o de la persona natural a quien le va a exigir la correspondiente fianza, exige siempre la identificación de estas personas, porque, i. si están casadas, se requiere el consentimiento de sus cónyuges, ya que la comunidad conyugal pertenece a ambos esposos; o ii. si están solteras, divorciadas o viudas, no existe comunidad conyugal, por lo que basta la firma del solo otorgante en los documentos de crédito o afianzamiento. Por lo tanto, en Venezuela está muy arraigada, desde hace más de dos décadas, la práctica de verificar el estado civil con las cédulas de identidad del prestatario o fiador, cuando son personas naturales, lo cual es un deber implícito de los prestamistas profesionales, que se infiere de los artículos 168 y 170.

GUERRERO QUINTERO escribió que «si (...) el cónyuge actuante presenta (...) la cédula de identidad en donde aparece como soltero (...) podría (...) sostenerse

⁵⁹ TSJ/SC, sent. N.º 983, del 17-06-08.

la no existencia de motivo para conocer (...) la comunidad conyugal»⁶⁰, y agregó lo siguiente:

... para que proceda la anulabilidad del acto de disposición (...) realizado por uno de los cónyuges sin el asentimiento del otro que hubiere sido necesario, constituyen requisitos especialmente los siguientes (...) Cuando quien haya participado en alguno de esos actos de disposición con el cónyuge actuante, tuviere motivo para conocer que los bienes afectados por tales actos pertenecían a la comunidad conyugal. A modo de ejemplos constituirían conocimiento de que el bien afectado pertenecía a la comunidad conyugal (...) la cédula de identidad (...) que conozca al otro cónyuge o tenga conocimiento que el actuante es casado; o que aun cuando el cónyuge interviniente se identifique en el acto como soltero existe prueba (...) de que no lo era; así como tenga conocimiento por cualquier medio de (...) la comunidad conyugal⁶¹.

Por lo tanto, es una conducta generalizada, en Venezuela, que los prestamistas pidan la identificación y, si se trata de una pareja casada, soliciten que ambos esposos firmen los documentos de crédito o fianza. Respecto de esto último, GOVEA se refirió, en el año 1992, a la siguiente práctica, que continúa en vigencia: «la práctica de cada día en las operaciones activas de los bancos (colocación de préstamo de dinero), empujando al banquero a solicitar la participación de ambos cónyuges en el negocio jurídico» y agregó lo que sigue: «El banquero, por lo común, solicita la actuación de ambos cónyuges»⁶².

Los bancos y otras compañías que otorgan créditos verifican los documentos de identidad de los prestatarios y los otorgantes de garantías reales y personales, y, si están casados, solo conceden los créditos si sus cónyuges están de acuerdo, porque los artículos 168 y 170 del Código Civil exigen el consentimiento de ambos esposos para los actos relevantes que excedan de la mera administración de los bienes gananciales, so pena de nulidad. Por lo

⁶⁰ GUERRERO QUINTERO: ob. cit., p. 588.

⁶¹ *Ibíd.*, pp. 592 y 593.

⁶² GOVEA: ob. cit., pp. 30 y 109.

tanto, esta práctica generalizada resulta de la ley, ya que esa verificación se exige implícitamente en ambos artículos. Incurre en culpa el prestamista profesional que omite esto, ya que los prestamistas profesionales, a través de sus empleados o abogados, siempre chequean si el prestatario o fiador está casado, en cuyo caso exigen que su cónyuge firme los documentos de crédito o garantía, para no correr el riesgo de que estos documentos sean anulados.

De modo que existe la buena práctica, desde la reforma del Código Civil del año 1982, de pedir, en los escritorios de abogados y consultorías jurídicas de los bancos, de otros prestamistas profesionales y de las aseguradoras, que ambos cónyuges firmen los documentos de crédito y afianzamiento, a menos que presenten capitulaciones matrimoniales que establezcan un régimen de separación de bienes. Esto se debe a que los artículos 168 y 170 del Código Civil permiten inferir el deber del prestamista de solicitar la cédula de identidad del prestatario o fiador, y, si está casado, de pedirle que su cónyuge firme la documentación. Si este deber implícito no se desprendiera de los artículos citados, se aplicaría, con respecto a esta buena práctica, el artículo 9 del Código de Comercio:

Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los jueces de comercio.

Si bien, conforme al artículo 9 del Código de Comercio, «Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley», sucede que, en este caso, la Ley no guarda realmente silencio, ya que los artículos 168 y 170 exigen implícitamente dicha verificación.

En resumen, la necesidad de verificar la identificación para saber si se requiere el consentimiento conyugal resulta de los artículos 168 y 170, de los que se desprende el deber implícito del prestamista de hacer tal verificación; pero, si este deber implícito no se desprendiera de los artículos citados, existe la costumbre de realizar esta verificación, lo que constituye una fuente de Derecho (artículo 9 del Código de Comercio).

MÉLICH-ORSINI criticó esta práctica generalizada, porque consideró que, en principio, un solo cónyuge puede realizar actos de disposición, tales como tomar créditos o dar fianzas⁶³. Es verdad que, en algunos casos, un solo cónyuge puede tomar créditos o dar fianzas; por ejemplo, si los fondos prestados están destinados a hacer reparaciones, mantenimiento o mejoras en un activo de la comunidad conyugal. Sin embargo, estos casos son la excepción, y no la regla general, que es que un solo cónyuge no puede efectuar actos de disposición que afecten activos de la comunidad conyugal; siendo muy difícil para un banco o cualquier otro prestamista diferenciar las situaciones en las que el consentimiento de ambos esposos es necesario (regla general) de las situaciones en las que solo se requiere el consentimiento de un esposo (excepción). Por ende, tiene sentido exigir el consentimiento de ambos esposos siempre; de hecho, es la costumbre en Venezuela.

Por consiguiente, incurre en culpa y compromete su responsabilidad civil quien, desconociendo el estado civil de la persona con quien celebrará un acto de disposición, no requiere su cédula de identidad, para comprobar si es soltera, casada, viuda o divorciada. En efecto, la regla general según la cual un cónyuge no puede realizar actos de disposición sobre la comunidad conyugal sin el consentimiento del otro, conforme al encabezado del artículo 170, respecto de la cual la segunda parte del artículo 168 aporta ejemplos, ha llevado a los bancos, los prestamistas profesionales, las aseguradoras y otros acreedores frecuentes, como medida de prudencia, a exigir el consentimiento de ambos esposos para estos actos, incluyendo los créditos y las fianzas; y los que no exijan tal consentimiento, haciendo caso omiso de esta práctica generalizada, que tiene su basamento en los artículos 168 y 170, y que es del conocimiento público, incurren en una omisión culpable, por lo que cometen «hechos ilícitos», bajo la sección del Código Civil que comienza con el artículo 1185. La primera parte de este artículo establece que «El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo». Además, en este caso, la contraparte del cónyuge actuante no merece ninguna protección legal, conforme la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, es decir, nadie puede alegar

⁶³ MÉLICH-ORSINI: ob. cit., pp. 270 y 271.

su propia torpeza. Esta máxima se aplica al prestamista que, no sabiendo el estado civil del individuo a quien le va a otorgar el crédito o de quién va a solicitar la correspondiente fianza, incurre en negligencia al no requerir su identificación. Su culpa priva al prestamista del derecho a la protección legal otorgada a las contrapartes de buena fe, porque nadie puede alegar su propia torpeza. TORRES-RIVERO escribió:

... el estado civil (...) no fue averiguado o indagado (...) y, por lo tanto (...) hubo negligencia o desidia, circunstancia que en ningún momento puede favorecerle, «nadie puede alegar su propia torpeza», como bien reza el aforismo jurídico *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁶⁴.

7. Excepciones a la regla general según la cual se necesita el consentimiento de ambos esposos para realizar un acto de disposición que afecte la comunidad conyugal

Conforme a lo explicado, en principio, se necesita el consentimiento de ambos esposos para realizar actos de disposición que afecten la comunidad conyugal, incluyendo contraer créditos y otorgar fianzas, dado que i. el encabezado del artículo 170 del Código Civil establece que los actos de disposición realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro son anulables, a menos que el cónyuge cuyo consentimiento no fue requerido los ratifique o que la persona que participó con el cónyuge actuante no supiera de la comunidad conyugal, y ii. los casos mencionados en el artículo 168 del Código Civil son meros ejemplos de actos de disposición que requieren el consentimiento de ambos esposos.

Sin embargo, un solo cónyuge puede excepcionalmente realizar un acto de disposición válido que incida sobre la comunidad conyugal, incluyendo la contratación de un crédito y el otorgamiento de una fianza, si este acto es en

⁶⁴ TORRES-RIVERO, Arturo Luis: «Arrendamiento y opción de compraventa de bien común matrimonial verificados sin consentimiento de uno de los cónyuges». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 77. UCV. Caracas, p. 180.

interés de la comunidad conyugal (y no en interés de uno de los cónyuges individualmente).

Los actos de disposición realizados en interés de la comunidad conyugal corresponden a casos específicos en los que el Código Civil señala que las deudas son de la comunidad conyugal; por ejemplo, los gastos de alimentación y vestido de los hijos, y los gastos de mantenimiento y reparación de la vivienda o de cualquier bien de la comunidad conyugal. Estos gastos son cargas de la comunidad conyugal. No importa cuál cónyuge incurrió en estos gastos, que siempre son comunes. Al respecto, el artículo 165 establece lo siguiente:

Son de cargo de la comunidad:

- 1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos en que pueda obligar a la comunidad.
- 2.º Los réditos caídos y los intereses vencidos durante el matrimonio, a que estuvieren afectos, así los bienes propios de los cónyuges como los comunes.
- 3.º Las reparaciones menores o de conservación, ejecutadas durante el matrimonio en los bienes propios de cada uno de los cónyuges.
- 4.º Todos los gastos que acarrea la administración de la comunidad.
- 5.º El mantenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y también los de uno solo de los cónyuges en los casos en que tienen derecho a alimentos.
- 6.º Los alimentos que cualquiera de los cónyuges esté obligado por la Ley a dar a sus ascendientes, siempre que no puedan hacerlo con el producto de sus bienes propios.

Las «deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos en que pueda obligar a la comunidad», que «Son de cargo de la comunidad», a las que se refiere el numeral 1.º del artículo 165 del Código Civil, son los pasivos resultantes del ejercicio de la facultad establecida en el encabezado del artículo 168 del Código Civil, que dispone que «Cada uno de los

cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo». Por ende, las deudas incurridas como resultado de actos de administración de activos de la comunidad conyugal, bajo el encabezado del artículo 168, son cargas de la comunidad conyugal, bajo el numeral 1.º del artículo 165 del Código Civil. En consecuencia, los pasivos resultantes de la administración por un cónyuge de los bienes adquiridos con los gananciales obtenidos por este, o que están a nombre de este, son deudas ejecutables contra la comunidad conyugal, aunque hayan sido contraídas por un solo cónyuge.

De modo que los actos de disposición que se sitúen dentro de los supuestos de hecho de los seis numerales del artículo 165 (en cuanto al numeral 1.º, mirándolo a la luz del encabezado del artículo 168) son los seis casos en los que existe una disposición expresa que permite que un activo de la comunidad conyugal sea enajenado o gravado por uno solo de los cónyuges, lo que constituye una excepción al régimen establecido a todo lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, según el cual, si un bien es propiedad de dos personas, corresponde a ambas decidir conjuntamente cualquier enajenación o gravamen que lo afecte globalmente.

Hay una carga adicional de la comunidad conyugal, establecida en el encabezado del artículo 166 del Código Civil: «También son de cargo de la comunidad las donaciones hechas, por cualquier causa, a los hijos comunes, de mutuo acuerdo, por los cónyuges». En esto último no hay ninguna novedad, pues, al ser «de mutuo acuerdo», existe el consentimiento de ambos cónyuges.

En consecuencia, las cargas de la comunidad conyugal son i. las deudas consentidas por ambos esposos y ii. las deudas listadas en los artículos 165 y 166 (encabezado) del Código Civil. MÉLICH-ORSINI señala: «los artículos 165 y 166 nos indican que las deudas contraídas por un cónyuge que no figuren en el catálogo contenido en dichos artículos, debe entenderse una deuda estrictamente personal del cónyuge que la contrajo»⁶⁵. Asimismo, LÓPEZ HERRERA se preguntó lo siguiente, sobre las deudas listadas en los artículos 165 y 166

⁶⁵ MÉLICH-ORSINI: ob. cit., p. 241.

(encabezado) del Código Civil: «¿cómo se hace la determinación de las obligaciones que son carga de la comunidad?»; suministrando a sus lectores esta respuesta: «En principio, el legislador se ha encargado de ello (...) Las obligaciones o deudas que no aparecen en la enumeración legal, deben por tanto considerarse cargas particulares del respectivo cónyuge deudor»⁶⁶.

Las deudas contraídas conjuntamente por los cónyuges, y las deudas contraídas por uno solo de ellos conforme a los citados artículos 165 y 166 (encabezado), están sujetas al encabezado del artículo 180 del Código Civil, que establece lo siguiente: «De las obligaciones de la comunidad se responderá con los bienes de la misma».

MÉLICH-ORSINI señala lo siguiente, sobre las cargas de la comunidad conyugal: «si esa deuda se ha contraído en interés de la propia comunidad (...) como tal debe ser imputada en definitiva a ambos cónyuges»⁶⁷.

Conforme a lo indicado, MÉLICH-ORSINI es de la opinión de que la protección dada al cónyuge que no dio su consentimiento se aplica con respecto a «todos aquellos derechos o bienes muebles de relevante significación económica». Y, según lo explicado arriba, las deudas incurridas por un solo cónyuge, al «administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo», bajo el encabezado del artículo 168, son «deudas y obligaciones contraídas por» dicho cónyuge «en los casos en que pueda obligar a la comunidad», que están a «cargo de la comunidad», de acuerdo con el numeral 1.º del artículo 165. Por ejemplo, el cónyuge que administra una tienda que pertenece a la comunidad conyugal puede, por sí solo, contraer una deuda pequeña con un proveedor para adquirir mercancía para la tienda, u otorgar una fianza para respaldar esta deuda pequeña, aunque esta deuda o fianza afecte la comunidad conyugal, pues, al ser un monto reducido, necesario para operar, no se puede decir que tenga un impacto significativo sobre el patrimonio común. Esto no aplica si un cónyuge afianza una deuda de una compañía, incluso si las acciones de esta son

⁶⁶ LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Derecho de Familia*. T. II. UCAB. Caracas, 2012, p. 68.

⁶⁷ MÉLICH-ORSINI: ob. cit., pp. 235 y 236.

bienes gananciales, ya que los artículos 165 y 166 (encabezado) se aplican exclusivamente al patrimonio de los cónyuges. Estos dos artículos no regulan el patrimonio de terceros, como el de una compañía, incluso si las acciones de esta pertenecen directa o indirectamente a los cónyuges.

También son cargas de la comunidad conyugal las deudas incurridas en las operaciones a las que se refieren los demás numerales del artículo 165, así como las obligaciones resultantes del encabezado del artículo 166.

Ninguna otra enajenación, gravamen u otro acto que comprometa la comunidad conyugal, incurrido por un cónyuge sin el concurso del otro, califica como carga común; en consecuencia, estos actos, en principio, son anulables. Pero esto solo se aplica si es una operación relevante económicamente, ya que, si es un acto sin importancia, no califica como de disposición, por lo que no requiere del consentimiento de ambos esposos. Exigir tal consentimiento, bajo pena de nulidad, respecto de una operación que no tiene ninguna relevancia, no es razonable, ni práctico. Por ende, las pequeñas deudas ordinarias, incurridas por un cónyuge en la vida normal de la pareja, deben ser tratadas como cargas de la comunidad. Efectivamente, se puede considerar que las obligaciones insignificantes entran en la categoría de deudas que pueden ser contraídas por un cónyuge, obligando a la comunidad conyugal, bajo el citado artículo 165. En nuestro ejemplo del cónyuge que administra una tienda, que pertenece a la comunidad conyugal, este puede, por sí solo, vender la correspondiente mercancía a los clientes, en operaciones al detal, aunque esta pertenezca a la comunidad conyugal.

Para entender mejor las excepciones a la regla general de que cada cónyuge necesita el consentimiento del otro para realizar un acto de disposición que afecte la comunidad conyugal, tiene sentido separar i. el caso de los créditos, ii. el caso de las fianzas y iii. el caso de las demás garantías, o sea, las garantías reales, es decir, las prendas e hipotecas.

Si un cónyuge contrae un crédito, sin disponer de bienes propios para responder, ni contar con el consentimiento de su pareja, ese crédito es anulable

y no compromete la comunidad conyugal. Ese crédito solo sería válido y cobrable contra la comunidad conyugal, si hubiera sido tomado para afrontar uno de los pagos previstos en los numerales 2.º al 6.º del artículo 165 del Código Civil, relativo a las cargas de la comunidad conyugal, a saber: i. pagar «réditos caídos y los intereses vencidos durante el matrimonio, a que estuvieren afectos, así los bienes propios de los cónyuges como los comunes»; ii. pagar «reparaciones menores o de conservación, ejecutadas durante el matrimonio en los bienes propios de cada uno de los cónyuges», iii. pagar «gastos que acarrea la administración de la comunidad»; iv. pagar «El mantenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y también los de uno solo de los cónyuges en los casos en que tienen derecho a alimentos», y v. pagar «alimentos que cualquiera de los cónyuges esté obligado por la Ley a dar a sus ascendientes, siempre que no puedan hacerlo con el producto de sus bienes propios».

Si un cónyuge otorga una fianza, sin disponer de bienes propios para responder, ni contar con el consentimiento de su pareja, esa fianza es anulable y no compromete la comunidad conyugal. Esa fianza solo sería válida y cobrable contra la comunidad conyugal, si hubiera sido otorgada para respaldar un crédito tomado para realizar uno de los pagos previstos en dichos numerales 2.º al 6.º del artículo 165, relativos a las cargas de la comunidad conyugal. Sin embargo, en la práctica, solo se puede concebir razonablemente un caso sujeto a dichos numerales 2.º al 6.º, si uno de los cónyuges es el prestatario y el otro es el fiador. Ahora bien, en esta situación, en la que un crédito es contraído por un cónyuge y afianzado por el otro, existe el doble consentimiento requerido para la validez y cobrabilidad de la fianza contra la comunidad. Sin embargo, tener a un cónyuge como deudor y al otro como fiador no tiene sentido para el acreedor, puesto que su situación es igual que si ambos esposos hubieran consentido a la deuda.

Cuando se toma un crédito o se otorga una fianza, ello incide sobre todo el patrimonio del prestatario o fiador. En cambio, la constitución de una garantía real solo grava el bien prendado o hipotecado. Para que un cónyuge, por sí solo, constituya válidamente una prenda o hipoteca sobre un bien común, tiene que

tratarse de uno de «los casos en que pueda obligar a la comunidad» (numeral 1.º del artículo 165), es decir, dicho cónyuge tiene que encontrarse en la siguiente situación: «Cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo» (encabezado del artículo 168). Salvo el caso anterior, se necesita que ambos cónyuges otorguen la garantía real.

Recapitulando, la regla general es que se necesita el consentimiento de ambos esposos para los actos de disposición, en el entendido de que las operaciones sin significación económica relevante no califican como tales. Esta regla general tiene una excepción, que es que los actos de disposición realizados en interés de la comunidad conyugal, bajo los artículos 165 y 166 (encabezado) del Código Civil, no requieren tal consentimiento (pero, de todas maneras, estos actos suelen no ser por montos muy importantes). Si uno de los cónyuges tiene la administración de un activo de la comunidad conyugal, porque fue adquirido con los gananciales obtenidos por dicho cónyuge o está a nombre de dicho cónyuge, este puede realizar por sí solo actos de disposición que afecten a ese bien común. Asimismo, cualquiera de los cónyuges puede contraer deudas en interés de la pareja y sus hijos, las cuales pueden ser cobradas contra bienes de la comunidad conyugal. En cambio, los actos de disposición realizados que incidan sobre la comunidad conyugal, y que no sean en interés de la pareja y sus hijos, sino en interés de uno solo de los cónyuges, realizados por este, son anulables; se trata de actos distintos de los contemplados en los artículos 165 y 166 (encabezado) del Código Civil.

Respecto de las cargas de la comunidad conyugal, se aplica la siguiente opinión de LÓPEZ HERRERA:

Los bienes comunes responden de todas las obligaciones comunes, aunque su administración corresponda a un esposo diferente del que contrajo la deuda: Cuando uno de los esposos asume una obligación procediendo como administrador legal de la comunidad, compromete incluso los bienes comunes cuya administración está confiada al otro cónyuge⁶⁸.

⁶⁸ LÓPEZ HERRERA: ob. cit., t. II, p. 64.

Una decisión de la Sala de Casación Social declara lo siguiente, con respecto a las cargas de la comunidad conyugal:

... LÓPEZ HERRERA puntualiza que las cargas de la comunidad de gananciales son las obligaciones que en definitiva deben ser soportadas de por mitad, por ambos esposos, aunque la deuda respectiva la haya contraído uno solo de ellos (...) Asimismo, el citado autor afirma:

... en materia de administración de los bienes comunes, al actuar sea el marido o la mujer dentro de sus respectivas facultades legales (...) compromete (...) todo el conjunto de bienes comunes, aun aquellos cuya administración corresponde al otro cónyuge (...) compromete... todo el conjunto de bienes que pertenece a ambos de por mitad...⁶⁹

La Sala Social incluyó otra cita doctrinal en su decisión precedente:

Isabel GRISANTI AVELEDO sostiene que, durante el matrimonio, tanto el marido como la mujer pueden contraer deudas y obligaciones, pero estas serán comunes y deberán ser soportadas de por mitad por los cónyuges, solo cuando hayan sido adquiridas por alguno de ellos actuando como administrador de los bienes comunes, cuya gestión le corresponde. *Lecciones de Derecho de Familia*. 4.^a edición, Valencia, 1988, p. 260.

La contrapartida de esto es que, en principio, si las deudas no fueron adquiridas por uno de los cónyuges como administrador de la comunidad conyugal, no se trata de obligaciones comunes, así que el otro cónyuge, en principio, no responde, y tales deudas no se pueden ejecutar contra los bienes de la comunidad ni contra los bienes propios de este. En efecto, en este caso, no se trata, *a priori*, de cargas de la comunidad de gananciales, sino de obligaciones individuales del cónyuge actuante, tales como, en principio, unilateralmente tomar créditos u otorgar fianzas, lo cual puede ser anulado, y, en todo caso, solo compromete a este, puesto que no se trata de créditos o fianzas de interés para ambos cónyuges, por ejemplo, pactados en el contexto del mantenimiento y mejoras de la vivienda familiar o del negocio familiar. Entonces,

⁶⁹ TSJ/SCS, sent. N.º 903, del 18-10-13.

si un acto de disposición que afecta la comunidad conyugal no es en interés de la pareja, de acuerdo con los citados artículos 165 y 166 (encabezado), ambos esposos deben realizarlo conjuntamente (incluso si versa sobre un bien común en particular y uno de los cónyuges tiene su administración), al menos si se trata de un acto o un bien relevante para la comunidad.

En conclusión, como regla general, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para contraer créditos, otorgar fianzas y realizar cualesquiera otros actos de disposición que puedan afectar la comunidad conyugal, lo cual presupone que sea una operación de relevancia económica; y, si un cónyuge viola dicha regla general, el crédito, la fianza o el acto de disposición de que se trate son anulables, y, en cualquier caso, no afectan la comunidad conyugal. Dicha regla general tiene una excepción, que es que no se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para contraer créditos, otorgar fianzas ni para realizar otros actos de disposición que puedan afectar la comunidad conyugal, cuando se trata de una operación sujeta a los citados artículos 165 y 166 (encabezado), pues se trata de un acto en interés de la comunidad conyugal.

8. Responsabilidad del cónyuge que realiza un acto de disposición que afecte la comunidad conyugal sin el consentimiento del otro

Conforme a lo explicado y, en principio, i. los actos de disposición relevantes que pueden afectar la comunidad conyugal realizados por un cónyuge, sin el consentimiento del otro, son ilegales, dado que son contrarios a la regla general del encabezado del artículo 170 del Código Civil, tal como lo ilustran las operaciones mencionadas en el encabezado del artículo 168 del mismo Código, y ii. la contraparte en la operación de que se trate, que no requirió, del cónyuge otorgante, su cédula de identidad, para ver si está casado, y, en caso afirmativo, para exigir el consentimiento del otro cónyuge, incurrió en culpa, así que debe pagar daños y perjuicios, si fuere el caso, al cónyuge cuyo consentimiento no fue requerido, conforme al primer párrafo del artículo 1185 del Código Civil.

Además, el cónyuge actuante, que también incurrió en culpa bajo el primer párrafo del artículo 1185 del Código Civil, es responsable ante el cónyuge cuyo consentimiento no fue requerido. Esto está previsto en el último párrafo del artículo 170 del Código Civil, que establece, entre otras cosas, lo siguiente: «Cuando no procede la nulidad el cónyuge afectado solo tendrá acción contra el otro por los daños y perjuicios que le hubiere causado».

De modo que se trata de una acción subsidiaria con respecto a la acción de nulidad del cónyuge que no intervino contra el cónyuge que realizó unilateralmente un acto de disposición que afecta la comunidad conyugal y contra la contraparte contractual de este último. El reclamo por daños, conforme al último párrafo del artículo 170 y el primer párrafo del artículo 1185, es la única opción viable para el cónyuge cuyo consentimiento no fue requerido contra el cónyuge actuante, en los casos en los que aquél no puede cumplir todos los requisitos legales para que se declare la nulidad, porque, por ejemplo, la persona que participó en el acto de disposición con su cónyuge actuó en buena fe, es decir, esta persona no tenía –en palabras del primer párrafo del artículo 170 del Código Civil– «motivo para conocer que los bienes afectados por dichos actos pertenecían a la comunidad conyugal». En consecuencia, tal como lo expresa HARTING:

... el legislador establece en el artículo 170 del Código reformado dos acciones: nulidad y daños y perjuicios. La primera procede por razón de un acto de disposición efectuado unilateralmente por uno de los cónyuges, siempre y cuando el tercer interviniente en el acto sea de mala fe⁷⁰.

Una decisión de la Sala de Casación Civil declara:

... en los casos donde el afectado no tenga la posibilidad de acreditar los tres requisitos de procedibilidad de la acción de nulidad, correspondientes a: 1. Que uno de los cónyuges haya cumplido un acto sin el

⁷⁰ HARTING R., Hermes: «Los aspectos resaltantes de la reforma parcial del Código Civil promulgada en julio de 1982». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 35. UCAB. Caracas, 1986, p. 278.

consentimiento necesario del otro; 2. Que dicho acto no haya sido convalidado por el cónyuge no actuante; y 3. Que el tercero contratante haya actuado de buena fe (...) tendrá la opción de intentar la demanda de indemnización de daños y perjuicios⁷¹.

Y la citada decisión de la Sala de Casación Civil (N.º 117/2015) comenta lo que sigue, con respecto a la posibilidad de intentar una acción de impugnación bajo el artículo 170:

Para ello, la citada norma establece que el cónyuge que no prestó el consentimiento necesario para la celebración del acto de disposición puede intentar la nulidad del acto y, en su defecto, la acción resarcitoria por los daños y perjuicios causados (...) Cuando no proceda la nulidad (...) el cónyuge cuyo consentimiento no fue requerido podrá ejercer la acción por los daños y perjuicios causados contra el otro cónyuge.

En conclusión, el que un cónyuge, sin el consentimiento del otro, se comprometa por un monto relevante, mediante un crédito o una fianza, o realice cualquier otro acto de disposición, pretendiendo afectar la comunidad conyugal, es ilegal, porque i. la regla general de la primera parte del artículo 170 del Código Civil, a la luz de los casos citados como ejemplos en el encabezado del artículo 168 del mismo Código, requiere el consentimiento de ambos cónyuges; ii. este tipo de operación es anulable, salvo que la contraparte haya actuado de buena fe, por pensar que el cónyuge actuante era soltero, divorciado o viudo, conforme al encabezado del mismo artículo 170; y iii. el cónyuge cuyo consentimiento fue omitido puede reclamar daños a su pareja, de acuerdo con el último párrafo del mismo artículo 170. Finalmente, la acción por daños y perjuicios del cónyuge cuyo consentimiento no fue requerido contra el cónyuge actuante, conforme al último párrafo del artículo 170 y el primer párrafo del artículo 1185, es la única opción viable para aquel contra este en los casos en los que caducó la acción de nulidad.

⁷¹ TSJ/SCC, sent. N.º 155, del 10-06-22.

9. Caducidad de la acción de nulidad contra los actos de disposición que afecten la comunidad conyugal, realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro; y de la acción de responsabilidad civil del cónyuge que no intervino contra el cónyuge actuante

Conforme a lo explicado, si la contraparte en un acto de disposición realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro tiene razones para saber que hay una comunidad conyugal, este acto puede ser anulado, en detrimento del cónyuge actuante y su contraparte. La correspondiente acción de nulidad está sujeta a lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 170 del Código Civil, que establece, entre otras cosas, que «La acción corresponde al cónyuge cuyo consentimiento era necesario y caducará a los cinco (5) años de la inscripción del acto en los registros correspondientes o en los libros de las sociedades si se trata de acciones, obligaciones o cuotas de participación». Cinco años es también el plazo previsto en el artículo 1346 del Código Civil, cuya primera parte dispone: «La acción para pedir la nulidad de una convención dura cinco años, salvo disposición especial de la Ley».

El Código Civil también prevé la caducidad de la acción de responsabilidad civil del cónyuge que no intervino contra el cónyuge que realizó unilateralmente un acto de disposición que afecta la comunidad conyugal. En efecto, el último párrafo de su artículo 170, luego de establecer que «Cuando no procede la nulidad el cónyuge afectado solo tendrá acción contra el otro por los daños y perjuicios que le hubiere causado», dispone que «Esta acción caducará al año de la fecha en que ha tenido conocimiento del acto y, en todo caso, al año después de la disolución de la comunidad conyugal».

De manera que el plazo de caducidad de la acción de nulidad contra los actos de disposición que afecten la comunidad conyugal realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro es de cinco años, mientras que el plazo de caducidad de la acción de responsabilidad civil del cónyuge que no intervino contra el cónyuge actuante es de un año. En el primer caso, los cinco años de caducidad empiezan a contarse desde «la inscripción del acto en los

registros correspondientes o en los libros de las sociedades si se trata de acciones, obligaciones o cuotas de participación»; y, en el segundo caso, el año de caducidad empieza a contarse desde que el cónyuge que no intervino «ha tenido conocimiento del acto y, en todo caso, al año después de la disolución de la comunidad conyugal».

Ahora bien, antes comentamos que el primer párrafo del artículo 168 del Código Civil tiene ejemplos de casos que caen bajo la regla general del encabezado del artículo 170 del mismo Código, según la cual se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición que afecten la comunidad conyugal. Estos ejemplos están referidos a situaciones en las que existe algún régimen de registro o publicidad, que fue lo que el legislador tomó en cuenta al establecer que los cinco años para intentar la acción de nulidad comienzan con la materialización del acto en los registros correspondientes. De modo que el cuarto párrafo del artículo 170, relativo a la caducidad de la acción de nulidad, toma en consideración «la inscripción del acto en los registros correspondientes o en los libros de las sociedades si se trata de acciones, obligaciones o cuotas de participación», porque el legislador solo tuvo presente que el encabezado del artículo 168 se refiere a los «inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías» y «fondos de comercio». Dado que los supuestos del primer párrafo del artículo 168 son ejemplos, existen otros actos de disposición anulables, que no están sujetos a ningún régimen de registro o publicidad, tales como contratar créditos o dar fianzas por montos considerables. Con respecto a los créditos y fianzas relevantes, y a otros actos de disposición susceptibles de comprometer la comunidad conyugal, que no estén reflejados en registros y libros, ¿cuándo se empiezan a contar los cinco años? Para responder esta pregunta, conviene hacer los siguientes comentarios respecto de los citados artículos 165, 166, 168 y 170 del Código Civil:

Conforme a lo explicado, es ilegal que un cónyuge realice, sin el consentimiento del otro, operaciones que no son hechas en interés de la comunidad conyugal, que en principio es el caso de cualquier actuación distinta de las

nombradas en los artículos 165 y 166 (encabezado), lo que se aplica a contraer un crédito y a otorgar una fianza por montos relevantes, y a realizar cualquier otro acto de disposición que pueda afectar a la comunidad conyugal. Si la contraparte en el acto de disposición realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro no tiene conocimiento de la comunidad conyugal, entonces este acto no puede ser anulado en detrimento de esa contraparte, quien actuó de buena fe, de conformidad con el artículo 170. Sin embargo, del artículo 168 se puede inferir que se considera que esa contraparte tiene dicho conocimiento cuando se trata de operaciones sobre activos, tales como inmuebles (las operaciones son inscritas en los registros inmobiliarios) y acciones de compañías (las operaciones son inscritas en los libros de accionistas de estas); y lo mismo ocurre cuando están involucrados otros activos cuya transferencia o gravamen son registrados, por ejemplo, marcas comerciales (las operaciones son inscritas en el registro de la propiedad intelectual).

En estos casos, cabe aplicar una presunción de conocimiento de la comunidad conyugal, siempre y cuando los documentos previos inscritos en los registros públicos o los asientos previos hechos en los libros de compañías, según el caso, hayan reflejado que el cónyuge actuante está casado, con la salvedad siguiente: que la contraparte no conozca bien al cónyuge actuante y que este le haya presentado una cédula de identidad que señala que es soltero, divorciado o viudo. En las situaciones en las que la contraparte no tiene razones para conocer la existencia de la comunidad conyugal, el cónyuge a cuyas espaldas se realizó el acto no puede demandar su nulidad, pero puede reclamar daños y perjuicios a su pareja, conforme al artículo 170.

Pero, lógicamente, para poder intentar esa acción de daños y perjuicios, el cónyuge, a cuyas espaldas se realizó, debe tener conocimiento del acto. Dicho conocimiento se puede presumir si la operación correspondiente es reflejada en documentos inscritos en registros públicos o en asientos realizados en libros de compañías. En cambio, en caso de que no se trate de una operación reflejada en un registro o libro, lo relevante para exigir la indemnización debería ser, aplicando por analogía el final del artículo 170, que el cónyuge no interviniente tenga de hecho «conocimiento del acto». Esto coincide con la

parte del artículo 1346 del Código Civil que dice que la acción para pedir la nulidad de un contrato, invocando error o dolo, empieza a correr el día en que han sido descubiertos. Se debe aplicar el mismo criterio a la acción de nulidad, es decir, en caso de que se trate de actos que no son objeto de inscripción ni asiento en registros públicos ni libros de sociedades, los cinco años de caducidad empiezan a contarse desde que el cónyuge no interviniente se entera de que su cónyuge realizó la operación. En el mismo sentido, GUERRERO QUINTERO señala:

... ¿será posible que los cinco (5) años no empiecen a correr sino a partir de que (...) haya sido descubierto por el cónyuge cuyos gananciales le fueron dispuestos por el otro cónyuge? (...) según el artículo 1346 del Código Civil, «Este tiempo no empieza a correr (...) en caso de error o de dolo, desde el día en que han sido descubiertos...» (...) estamos en presencia de una situación (...) que debe resguardarse en interés del cónyuge protegido, que no podría quedar fuera del círculo de amparo para el cómputo del inicio de la posibilidad impugnativa, como derecho que le ha otorgado la Ley en su caso concreto. Es indudable, pues, la interrelación normativa entre los artículos 170 y 1346 del Código Civil, dado que la interpretación aislada del primero carecería de objeto integrador en violación de su propia norma, que fue dictada precisamente para proteger los gananciales de los cónyuges⁷².

10. Confirmación de la regla general de que los actos de disposición que afecten la comunidad conyugal requieren el consentimiento de ambos cónyuges, resultante de la lectura de los artículos 168 y 170 del Código Civil a la luz de la Constitución de 1999

Los citados artículos 168 y 170 fueron introducidos en el Código Civil cuando este fue reformado en el año 1982, para otorgar a las esposas los mismos derechos que sus maridos. Dichos artículos 168 y 170 remplazaron los viejos artículos 168 y 170, que eran discriminatorios. Antes de 1982, el marido, sin

⁷² GUERRERO QUINTERO: ob. cit., p. 591.

el consentimiento de la mujer, podía administrar y disponer de la generalidad de los activos de la comunidad conyugal (potestad marital), mientras esta únicamente podía administrar y disponer de ciertos activos de la comunidad conyugal. De hecho, antes de la reforma de 1982, i. el marido tenía la facultad de realizar por sí solo cualquier acto de administración sobre cualquier bien común, y la mujer solo tenía esa facultad con respecto a determinados bienes comunes, conforme al viejo artículo 168, y ii. esta facultad se extendía a cualquier acto de disposición a título oneroso, por lo que el marido podía disponer de la generalidad de los bienes comunes, mientras que la mujer solo tenía esa facultad con respecto a ciertos bienes comunes, conforme al viejo artículo 170.

En efecto, en primer lugar, el viejo artículo 168 establecía que «El marido administra los bienes comunes cualesquiera que ellos sean, y la mujer, aquellos que han sido adquiridos por su industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo, así como los frutos que estos produzcan». Y, en segundo lugar, el viejo artículo 170 establecía que «Los cónyuges pueden libremente enajenar y obligar a título oneroso los bienes comunes cuya administración les corresponda», agregando que, «Para disponer a título gratuito de los bienes comunes, se necesita el consentimiento del otro cónyuge».

En consecuencia, antes de 1978, el marido solo necesitaba el consentimiento de la mujer para los actos de disposición sobre bienes comunes, cuando fueran a título gratuito. En cambio, actualmente el encabezado del artículo 170 del Código Civil exige el «necesario consentimiento» de ambos esposos para los actos de disposición sobre bienes comunes, conforme a la lista enunciativa del artículo 168 del Código Civil, lo cual está referido a operaciones –en palabras de MÉLICH-ORSINI– de «relevante significación económica». Una decisión de la Sala de Casación Civil explica:

Es evidente que la intención del legislador de 1982 (...) fue la de mejor proteger los bienes de los cónyuges en la comunidad de gananciales. Así, el artículo 168 de nuevo Código restringió las facultades administrativas amplias que tenía el marido en el Código derogado y equiparó a la mujer con aquél en la administración de dichos bienes. Igualmente

equiparó a la mujer con el marido en materia de disposición de los bienes comunes, al exigir (...) el consentimiento de ambos cónyuges para enajenar o gravar (...) bienes (...) Estas disposiciones colocaron a la mujer en situación de igualdad, en cuanto a la posibilidad de enajenar y obligar (...) los bienes comunes⁷³.

No obstante, un sector de la doctrina⁷⁴ y jurisprudencia⁷⁵ ha sostenido que la lista de operaciones del artículo 168 es taxativa, por lo que los únicos actos de disposición realizados por un solo cónyuge que son anulables son los allí mencionados. También existen la tesis doctrinaria según la cual cualquier cónyuge, por sí solo, tiene la facultad de disponer de los activos de la comunidad conyugal que administra⁷⁶. Además, un autor opina que cualquier cónyuge, por sí solo, tiene, en principio, la facultad de disponer de cualquier activo de la comunidad conyugal⁷⁷. Finalmente, existe una teoría que dice que, cuando el legislador menciona la facultad de administrar, ello abarca también la facultad de disponer⁷⁸. Se trata, a estas alturas, de posiciones minoritarias, que, por lo demás, se contradicen totalmente entre sí.

Estas interpretaciones i. no toman en cuenta debidamente la diferencia entre los actos de disposición y los actos de administración; ii. van contra la regla general, que es que, si un activo pertenece a dos personas, corresponde a ambas decidir conjuntamente cualquier acto de disposición que lo afecte, siendo que no requerir el consentimiento de los dos esposos es la excepción a la regla general, que requiere disposición expresa (que la hay: las normas

⁷³ TSJ/SCC, sent. N.º 437, del 03-06-98. Hay un extracto de esta decisión en la compilación de jurisprudencia publicada por Oscar PIERRE TAPIA.

⁷⁴ Por ejemplo, LÓPEZ HERRERA: ob. cit., p. 64; GOVEA: ob. cit., p. 17; HARTING R.: ob. cit., p. 272.

⁷⁵ Por ejemplo, las siguientes sentencias: i. la decisión de la Sala Civil N.º 437/98, mencionada arriba; y ii. TSJ/SCC, sent. N.º 211, del 04-05-23.

⁷⁶ LÓPEZ HERRERA: ob. cit., p. 86.

⁷⁷ Por ejemplo, MÉLICH-ORSINI: ob. cit., pp. 268 a 271; GOVEA: ob. cit., pp. 52 a 54 y 111.

⁷⁸ Por ejemplo, BORJAS, Leopoldo: «Régimen patrimonial matrimonial según el nuevo Código». En: *Revista de Derecho Privado*. N.º 1-1. UCV. Caracas, 1983, p. 26; GOVEA: ob. cit., p. 17; GARCÍA DE ASTORGA: ob. cit. («Administración de la comunidad...»), p. 318.

sobre las cargas de la comunidad de gananciales); iii. son inconsistentes con al menos dos artículos del Código Civil, que son a. la parte del artículo 170 que se refiere al consentimiento necesario de ambos cónyuges; b. la parte del artículo 168 que tiene una lista de actos de disposición que requieren el consentimiento de ambos esposos, la cual presenta ejemplos de casos en los que se aplica dicha regla general, y c. la parte del mismo artículo 168 que expresa que este consentimiento puede ser suplido por una autorización judicial; iv. están en contradicción con la muy razonable costumbre de los bancos y otros prestamistas, de exigir a las personas naturales que acrediten su estado civil, y, de estar casadas, obtengan la firma de su pareja para los documentos de crédito y afianzamiento, y v. son dañinas para el cónyuge más vulnerable, que en muchos casos es la mujer (la esposa está particularmente expuesta si no tiene ingresos propios), así que dichas interpretaciones son a. contrarias al espíritu de la reforma del Código Civil de 1982, que es la igualdad entre los sexos, y b. inconsistentes con uno de los principios básicos de la Constitución de 1999, que es también la igualdad entre los sexos.

En efecto, dichas interpretaciones son incongruentes con la finalidad de la reforma de 1982 del Código Civil y la Constitución de 1999, porque le dan a uno solo de los cónyuges, como regla general, la facultad de disponer de la comunidad conyugal, dejando a su pareja totalmente desprotegida, particularmente si no tiene salario. El cónyuge sin protección sería, en muchos casos, la mujer, que frecuentemente sacrifica su carrera para educar a los hijos, que era el caso de un número enorme de esposas en el año 1982, cuando el Código Civil fue reformado para proteger, precisamente, a las mujeres y los hijos. En consecuencia, se impone reconocer la regla general que requiere el consentimiento de ambos esposos para los actos de disposición que afectan la comunidad conyugal, bajo el encabezado del artículo 170, y considerar que los casos mencionados en el encabezado del artículo 168 son meros ejemplos. Esto es compatible con el espíritu de la reforma de 1982 del Código Civil, visto a la luz de la Constitución de 1999. De hecho, la Constitución de 1999 fue promulgada después de que dicha doctrina fue primeramente publicada⁷⁹.

⁷⁹ La doctrina citada antecede la Constitución de 1999. Por una parte, MÉLICH-ORSINI publicó su artículo en 1985, o sea, catorce años antes la Constitución de 1999.

11. Indivisibilidad de la comunidad conyugal, e imposibilidad legal de separar los bienes comunes antes de su disolución

Dado que ambos esposos adeudan las cargas de la comunidad conyugal, los acreedores pueden cobrarlas contra la comunidad conyugal. Los acreedores deben ejecutar esas deudas contra los bienes de la comunidad iniciando una acción legal contra ambos esposos. En efecto, los dos cónyuges tienen legitimación pasiva conjuntamente (litisconsorcio pasivo necesario), ya que la comunidad conyugal pertenece a ambos. Si la deuda fue contraída por uno solo de los cónyuges, tiene alguna importancia y no es uno de los pasivos mencionados en los artículos 165 y 166 (encabezado) del Código Civil, el otro cónyuge puede defenderse alegando esto, y haciendo valer la propiedad conjunta del activo comunitario que se pretende ejecutar.

La primera parte del artículo 146 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente: «Podrán varias personas demandar o ser demandadas conjuntamente como litisconsortes: a. Siempre que se hallen en estado de comunidad jurídica con respecto al objeto de la causa...».

Al respecto, una sentencia de la Sala Constitucional, luego de expresar que se requiere el consentimiento de ambos cónyuges en, «entre otros», los casos nombrados expresamente en el artículo 168, y que, en esos casos, «ambos» tienen «legitimación», declara:

... se configura un litisconsorcio necesario, que de acuerdo con la doctrina es aquel que se presenta cuando existe una sola causa o relación sustancial con varias partes sustanciales activas o pasivas, que deben ser

Por otra parte, LÓPEZ HERRERA escribió su libro de antes la reforma de 1982 del Código Civil, y publicó varias ediciones después; pero i. la mayoría de las nuevas ediciones anteceden la Constitución de 1999, y ii. la última edición es una mera repetición, que no toma en consideración que uno de los fines de la Constitución de 1999 fue establecer la igualdad entre los sexos, protegiendo a las mujeres de discriminación (lo cual es también uno de los fines de la reforma de 1982 del Código Civil).

llamadas todas a juicio para integrar debidamente el contradictorio, pues la cualidad, activa o pasiva, no reside plenamente en cada una de ellas⁸⁰.

Un acreedor puede ejecutar las cargas de la comunidad conyugal contra los bienes de esta, es decir i. las deudas contempladas en los citados artículos 165 y 166 (encabezado), y ii. las deudas contraídas conjuntamente por ambos esposos. El aparte del artículo 166 señala que, «Si los bienes gananciales no alcanzaren, los cónyuges responderán de la diferencia, con sus bienes propios, de por mitad».

En consecuencia, no se pueden cobrar contra bienes comunes las obligaciones contraídas por un solo esposo, diferentes de las previstas en dichos artículos 165 y 166 (encabezado).

Al final del matrimonio, o en los casos muy excepcionales en los que la comunidad conyugal termina durante el matrimonio, esta se disuelve, y puede realizarse la partición de esta. Antes, cuando uno de los esposos incurría en una deuda que no sea una carga de la comunidad conyugal, sus acreedores solo podían ejecutar esta deuda contra sus bienes propios, de haberlos. Para los acreedores ejecutar la mitad perteneciente a su deudor de un bien de la comunidad, deben esperar que la comunidad conyugal se disuelva, normalmente cuando el matrimonio termina, lo que suele acarrear la partición de la comunidad conyugal entre los cónyuges (o sus herederos). Los artículos 173 y 184 del Código Civil establecen, respectivamente y entre otras cosas, lo siguiente:

La comunidad de los bienes en el matrimonio se extingue por el hecho de disolverse este o cuando se le declare nulo (...) También se disuelve la comunidad por la ausencia declarada y por la quiebra de uno de los cónyuges, y por la separación judicial de bienes.

⁸⁰ TSJ/SC, sent. N.º 24, del 23-01-02. Esta sentencia fue invocada y el texto anterior fue transcrito en TSJ/SCC, sent. N.º 246, del 20-07-22. La TSJ/SC, sent. N.º 801, del 01-12-23, declaró que no ha lugar a la revisión del fallo precedente y transcribió nuevamente el texto anterior. Posteriormente, TSJ/SCC, sents. N.ºs 161 del 04-04-24 y 297 del 24-05-24 confirmaron dicha jurisprudencia, copiando otra vez el texto precedente.

Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio.

La Sala de Casación Civil declaró:

... a excepción de la separación de cuerpos y bienes y de los supuestos prescritos en el artículo 173 del Código Civil, se ha establecido que con la sentencia que declara el divorcio es que finaliza el régimen de bienes comunes en el matrimonio, es decir, es después de disuelto el vínculo mediante sentencia que pueden los ex cónyuges pactar, partir o disponer con relación a los bienes⁸¹.

Solo las cargas de la comunidad conyugal pueden afectar los bienes comunes de los esposos; y los bienes y cargas de la comunidad tienen un régimen distinto del aplicable a otros activos y pasivos, hasta que la comunidad conyugal finalice, lo cual únicamente ocurre en los casos mencionados en los artículos 173 y 184. En consecuencia, la comunidad conyugal es un patrimonio separado, esto es, un grupo aparte de activos y pasivos, que constituye el patrimonio conyugal y que es diferenciable de los bienes y deudas propios de cada esposo. MÉLICH-ORSINI escribió:

... los acreedores de la comunidad conyugal tienen como prenda común el conjunto de bienes (...) de la comunidad conyugal (...) hay (...) un «patrimonio»...

Un patrimonio que (...) no tiene como titular exclusivo a ninguno de los dos cónyuges, sino a ambos por mitad; y que (...) convive al lado del patrimonio singular de cada uno de estos⁸².

Al respecto, la Sala Constitucional invocó el siguiente texto, de GARCÍA:

... esta Sala considera oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la unión matrimonial patrimonial, que «se caracteriza por el amalgamiento

⁸¹ TSJ/SCC, sent. N.º 285, del 02-08-22.

⁸² MÉLICH-ORSINI: ob. cit., p. 232.

de un patrimonio que se comienza a formar a partir del momento en que se da nacimiento a una vinculación matrimonial. La ley le impone como requisito, la fusión de esfuerzos, obligaciones recíprocas, responsabilidades compartidas, administración y disposición conjuntas, que conducen a la creación de un patrimonio único. Con esto significamos que esta sociedad conyugal o de gananciales, adicional a los aspectos afectivos y espirituales, produce una integración material y absoluta en el patrimonio o hacienda que se origina con o por ocasión de la relación legal entre los cónyuges. Se pretende con esta definición destacar que la homogeneidad patrimonial de dicha sociedad no puede ni dividirse, ni regularse de manera diferente a la establecida por la ley, mientras subsista la relación que la creó. Esto quiere decir, que en ella existe una sola masa patrimonial indivisible...» (GARCÍA, Jorge: «Los cónyuges y la pluralidad de partes en el contrato de sociedad mercantil». *Libro homenaje a Jorge Enrique Núñez*, Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje, N.º 15, Caracas, Venezuela, 2004)⁸³.

La comunidad conyugal es, por lo tanto, un conjunto de activos y pasivos, que debe ser visto globalmente y que solo puede ser dividido en los casos indicados en los artículos 173 y 184. Mientras exista la comunidad conyugal, ningún acreedor puede separar en dos mitades la titularidad de ningún activo individual de la comunidad, para cobrar, contra dicho activo, lo que le debe uno solo de los cónyuges. El artículo 178 del Código Civil establece que «Los acreedores de la mujer o del marido no pueden, sin su consentimiento, pedir la separación de bienes». La norma no lo especifica, pero se entiende que es el consentimiento de ambos esposos. En efecto, de lo contrario, cualquier acreedor de uno de los esposos, en complicidad con este y en perjuicio del otro, podría disolver parcial y anticipadamente la comunidad conyugal.

La comunidad conyugal, globalmente considerada, pertenece en un 50 % a cada cónyuge; y la disolución de la comunidad conyugal solo ocurre i. cuando uno de los cónyuges muere, poniendo fin al matrimonio y extinguiendo la comunidad conyugal, y ii. en caso de que la comunidad conyugal finalice como

⁸³ TSJ/SC, sent. N.º 409, del 21-06-18.

resultado de la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de bienes, la ausencia declarada o la quiebra. La disolución de la comunidad conyugal es, en principio, ejecutada mediante un contrato de partición entre los cónyuges (o sus herederos, si fallecieron). A falta de este contrato, la partición puede ser demandada por uno de los exesposos (o sus herederos, si murió) contra el otro ante un juez. Solo cuando la comunidad conyugal finaliza, los activos y pasivos correspondientes se separan para ser divididos entre los cónyuges (o sus herederos, si fallecieron). Entonces, en la partición, algunos activos pueden ser asignados al marido, otros activos pueden ser asignados a la mujer, y el resto de los activos –tales como dinero o acciones– puede ser dividido entre los dos. El resultado final debe ser que el total atribuido a cada parte tenga un valor igual al 50 % de valor global de la comunidad conyugal extinta. Por ende, antes de la disolución de la comunidad conyugal, los acreedores de uno de los cónyuges no le pueden asignar el 50 % de ningún bien individual a este cónyuge, para cobrar su deuda.

Por ejemplo, el acreedor no puede cobrar una deuda adeudada por el marido, solicitando a un juez que embargue y remate el 50 % del automóvil o de la casa de los cónyuges, dejando a la mujer con la otra mitad del automóvil o la casa. Dicho embargo y remate haría ilegalmente comuneros, respecto del automóvil o la casa, al adjudicatario y a la mujer, a pesar de que la comunidad conyugal únicamente finaliza en los casos indicados, normalmente mediante una partición, que puede atribuir la totalidad de la casa a la mujer y la totalidad del carro al marido, compensando la diferencia en valor con otros bienes.

La comunidad conyugal se mantiene, como un grupo indiviso de activos y pasivos, hasta, en principio, el final del matrimonio, y los acreedores no pueden desmantelarla. Es una comunidad indivisa que únicamente concluye cuando termina el matrimonio (por muerte, divorcio o nulidad del matrimonio), excepto en ciertos casos específicos y excepcionales, en los que concluye antes (separación, declaración de ausencia o quiebra). MÉLICH-ORSINI señala:

Se trata de una comunidad (que) es un simple accesorio del matrimonio, a cuyo nacimiento y persistencia está indisolublemente ligada; de tal

manera que sus integrantes son exclusivamente el marido y su mujer, quienes tienen en ella necesariamente la mitad de los derechos indivisos, no pueden enajenar (...) sus respectivas cuotas (el paréntesis es nuestro)⁸⁴.

Por ende, como regla general, mientras dure el matrimonio, el acreedor de uno de los cónyuges no puede individualizar ningún activo de la comunidad conyugal, para cobrar, contra la mitad de dicho activo, una deuda que no sea una carga de la comunidad conyugal. El patrimonio conyugal constituye una comunidad «indivisa e indivisible» de los esposos, hasta la muerte de uno de estos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, la separación, la declaración de ausencia de uno de ellos, la quiebra de uno de ellos, o, más recientemente, las capitulaciones matrimoniales que, violando la Ley, la Sala Constitucional permite ahora pactar durante el matrimonio⁸⁵. MÉLICH-ORSINI mencionó lo siguiente:

... la imposibilidad de individualizar los bienes comunes sobre los cuales posee cada cónyuge sus derechos indivisos de por mitad. Como dice rectamente el artículo 148 esa comunidad existe sobre las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio, y para determinar tales ganancias o beneficios hace falta que se disuelva y liquide la sociedad conyugal⁸⁶.

La segunda parte del artículo 180 del Código Civil confirma lo anterior, pues establece lo que sigue: «De las obligaciones contraídas por los cónyuges en la administración de sus bienes propios responden con estos y subsidiariamente con los bienes que le correspondan en la comunidad». Lógicamente, lo mismo se aplica a las deudas contraídas por un solo esposo que no sean cargas de la comunidad conyugal, las cuales solo pueden ser cobradas contra «los bienes que le correspondan en la comunidad». Y obviamente, para que se pueda decir que uno de los cónyuges tiene «bienes que le correspondan

⁸⁴ MÉLICH-ORSINI: ob. cit., p. 230.

⁸⁵ TSJ/SC, sent. N.º 652, del 26-11-21, demanda popular de nulidad parcial por inconstitucionalidad del artículo 173 del Código Civil.

⁸⁶ MÉLICH-ORSINI: ob. cit., p. 233.

en la comunidad», se requiere que esta haya sido disuelta. En efecto, antes de la disolución de la comunidad conyugal, la totalidad de los bienes que la integran son, globalmente considerados «comunes, de por mitad» por mandato del artículo 148 del Código Civil. Dicho en otras palabras, mientras la comunidad conyugal no haya sido disuelta, no hay bienes que correspondan a uno solo de los cónyuges, salvo los bienes propios, que, por definición, no forman parte de esta. GOVEA escribió que «el consorte o la consorte lo que tiene es un derecho sobre una cuota ideal que solo se realizará a la disolución del vínculo conyugal»⁸⁷.

El artículo 180 del Código Civil, antes citado, fue comentado por la Sala de Casación Civil así:

De la norma antes transcrita se desprende que sobre las obligaciones de la comunidad entre los cónyuges, estos responderán con los bienes de la misma; sin embargo, si los bienes comunes no son suficientes, responderá subsidiariamente con sus bienes propios el cónyuge que se obligó y en caso de consentimiento del otro cónyuge y los bienes comunes no sean suficientes para cubrir el monto de la obligación, responderán ambos cónyuges con sus bienes propios, en proporción de la mitad cada uno.

De igual forma, dispone la norma que las obligaciones contraídas por cada cónyuge en la administración de sus bienes propios, cada uno responde por su obligación de manera personal y en caso de que los bienes propios no sean suficientes responderán de forma subsidiaria con los bienes que le corresponda de la comunidad⁸⁸.

Recapitulando, cuando una pareja se casa sin capitulaciones matrimoniales, se aplica el citado artículo 178, que, como regla general, prohíbe, a «Los acreedores de la mujer o del marido» cobrar su acreencia mediante «la separación de bienes de la comunidad conyugal, a menos que tengan «su consentimiento». Entonces, sin el consentimiento de ambos cónyuges, el acreedor de uno de ellos, al no poder separar bienes comunes, solo puede ir

⁸⁷ GOVEA: ob. cit., pp. 54 y 55.

⁸⁸ TSJ/SCC, sent. N.º 247, del 16-05-23.

contra i. los bienes propios de dicho cónyuge, y ii. la porción de la comunidad conyugal perteneciente a dicho cónyuge una vez que esta sea disuelta, lo que normalmente solo ocurre cuando el matrimonio termina.

Ahora bien, el acreedor de un cónyuge ni siquiera puede ir contra los bienes propios de este, ni contra su porción en la comunidad conyugal a la disolución de esta, si la operación de la que nació su acreencia fue anulada, conforme a los artículos 168 y 170. Así que, en principio, mientras dure el matrimonio, hay una comunidad indivisa e indivisible entre los dos cónyuges, cuyos bienes y cargas están sujetos a un régimen diferente del aplicable a los activos y pasivos propios de cada esposo. En el régimen del Código Civil, ni los cónyuges, ni sus acreedores, pueden disolver la comunidad conyugal, ni siquiera parcialmente. Mientras subsista la comunidad conyugal, que únicamente termina en los casos establecidos en la ley (salvo la reciente, peculiar y criticada jurisprudencia que permite celebrar capitulaciones durante el matrimonio)⁸⁹, solo las cargas de la comunidad pueden ser cobradas contra los bienes de la comunidad. En conclusión, cuando un cónyuge que no tiene bienes propios contrae sin el consentimiento del otro una deuda que no ha sido anulada, el acreedor solo puede cobrar esa deuda al cónyuge que la contrajo, para lo cual tiene que esperar la disolución de la comunidad conyugal, a fin de hacerla efectiva sobre la parte que toque a este, sin afectar de ninguna manera al cónyuge que no la consintió. BORJAS escribió que «De las obligaciones propias de cada cónyuge se responde con los bienes propios del cónyuge que contrajo la obligación y, subsidiariamente, con los bienes que correspondan a la comunidad, previa disolución y liquidación de la misma»⁹⁰. Similarmente, MÉLICH-ORSINI escribió que «esa deuda (...) debe imputarse en definitiva a (...) tal cónyuge al producirse la disolución de la comunidad conyugal»⁹¹.

Por consiguiente, la indivisibilidad de la comunidad conyugal, o sea, la imposibilidad legal de separar los bienes comunes antes de su disolución, constituye una protección adicional, dada por el Código Civil y el Código de

⁸⁹ TSJ/SC, sent. N.º 652, del 26-11-21.

⁹⁰ BORJAS: ob. cit., p. 29.

⁹¹ MÉLICH-ORSINI: ob. cit., pp. 235 y 236.

Procedimiento Civil, al cónyuge cuyo consentimiento no fue requerido, por cuanto: el acto de disposición no es ejecutable contra la comunidad conyugal, ni siquiera si su nulidad no ha sido demandada ni declarada; y, en caso de que, no obstante, la contraparte en este acto trate de ejecutarlo contra la comunidad conyugal, entonces el cónyuge, cuyo consentimiento no fue requerido, tiene derecho a ser citado y presentar una defensa, que debería prosperar.

Existe, sin embargo, jurisprudencia de la Sala de Casación Civil que permite embargar el 50 % de un cónyuge sobre un bien común. En este caso, el recurrente invocó la violación del citado artículo 178, pero la sentencia ni siquiera lo trata, por lo que el fallo i. viola el derecho de la defensa y ii. no aporta nada al tema⁹².

Conclusiones

Recapitulando, tenemos que i. la regla general es que se requiere el consentimiento de ambos esposos para los actos de disposición que afecten la comunidad conyugal, lo que presupone que tengan relevancia económica (si no la tienen, se puede sostener que no se trata de actos de disposición); ii. sin dicho consentimiento, estos actos son anulables, siempre que la contraparte del cónyuge actuante tenga razones para pensar que hay una comunidad conyugal, y iii. es una práctica generalizada que esa contraparte solicite la cédula de identidad del cónyuge actuante, para verificar su estado civil, pues, si está casado, necesita la aceptación de su cónyuge. Si la persona que realiza un acto de disposición con un cónyuge no solicita su identificación, no tiene razones para descartar que este acto de disposición pueda afectar la comunidad conyugal. De modo que esta persona debe pedir –como es costumbre– la identificación del otorgante, y, si está casado, debe exigir la aceptación de su cónyuge, en cuyo defecto esta persona está siendo negligente.

En efecto, conforme a la regla general del encabezado del artículo 170 del Código Civil, ciertos actos de disposición, de los cuales el encabezado del artículo 168 suministra ejemplos, requieren el consentimiento de los dos

⁹² TSJ/SCC, sent. N.º 75, del 05-02-02.

esposos. Estos actos incluyen tomar un crédito o dar una fianza por un monto significativo, aunque dichos artículos no lo hayan previsto expresamente. Entonces, cuando una persona casada compromete unilateralmente una cantidad importante con un crédito o fianza, esta operación es un acto de disposición anulable por el cónyuge no involucrado. En cambio, si el cónyuge estuvo de acuerdo con el crédito o fianza, o los convalidó posteriormente, las obligaciones nacidas de ese acto son cargas de la comunidad conyugal, es decir, pueden ser cobradas contra los bienes gananciales.

Las obligaciones que no califiquen como cargas de la comunidad conyugal, es decir, las deudas incurridas por un solo cónyuge no relacionadas con los hijos, con la casa de habitación ni con los bienes e intereses de la comunidad conyugal, i. son anulables si el acreedor tenía motivos para pensar, a la fecha, que existía la comunidad conyugal, al menos si se trata de deudas de relevancia económica, y ii. no pueden ser cobradas contra la comunidad conyugal, aunque se trate de deudas que no hayan sido anuladas, ya que estas solo pueden ser cobradas contra a. los bienes propios de dicho cónyuge, y b. lo que corresponda a dicho cónyuge cuando la comunidad conyugal, que es una comunidad indivisa e indivisible, sea disuelta y liquidada, lo cual, en principio, solo ocurrirá al final del matrimonio, no siendo posible embargar ni rematar antes ningún bien común.

Esto se aplica a los créditos contraídos y las fianzas otorgadas por un solo cónyuge, sin el consentimiento del otro, cuya nulidad no ha sido declarada o no pueda ser declarada, porque la contraparte obró de buena fe o se produjo la caducidad, ya que tales créditos o fianzas no pueden ser ejecutados contra bienes comunes, debiendo el acreedor esperar la disolución y liquidación de la comunidad conyugal para hacer valer sus derechos sobre la mitad que corresponderá al cónyuge que actuó a espaldas de su pareja; y, mientras tanto, solo puede accionar contra los bienes propios de este.

En consecuencia, es costumbre que los bancos y otros prestamistas profesionales pidan la identificación del prestatario o fiador persona natural, y, si está casado, exijan que ambos esposos firmen los documentos correspondientes,

dado que, si la operación es relevante y no es una de las previstas en los artículos 165 y 166 (encabezado) del Código Civil, relativos a las cargas de la comunidad conyugal, entonces la falta de consentimiento de un cónyuge acarrea la anulabilidad, o, al menos, la inejecutabilidad de la acreencia contra la comunidad conyugal, mientras esta subsista. Incurre en culpa el acreedor i. que no verifique el estado civil del prestatario o fiador, solicitando su identificación, o ii. que, estando casado el prestatario o fiador, no requiera la aceptación de su cónyuge.

* * *

Resumen: Cuando dos esposos tienen un régimen de comunidad conyugal, contraer un crédito u otorgar una fianza por un monto relevante califica como acto de disposición que afecta la comunidad, así que debe ser consentido por ambos. Esto se desprende de la regla general del encabezado del artículo 170 del Código Civil, que requiere el consentimiento de la pareja; del carácter enunciativo de la lista de actos que requieren tal consentimiento, contenida en el encabezado de su artículo 168; y del carácter excepcional de la autorización judicial prevista en el aparte de este. En las operaciones por sumas pequeñas, y en los supuestos de los artículos 165 y 166 de dicho Código, no se necesita, excepcionalmente, el consentimiento de ambos. El crédito o fianza relevante otorgado inconsultamente por un cónyuge es anulable a solicitud del otro. De hecho, existe la práctica generalizada de los prestamistas profesionales, de solicitar la identificación de los prestatarios y fiadores, si son personas naturales, para verificar su estado civil, pues, de estar casados, los documentos pueden ser anulables. Por lo tanto, incurre en culpa el banco o compañía prestamista que no solicite tal identificación; y, en consecuencia, incurre en responsabilidad frente al cónyuge a cuyas espaldas se realizó la operación. Asimismo, el cónyuge que suscribió el crédito o fianza incurre en responsabilidad frente a su cónyuge que lo ignora. Esta protección al cónyuge

que no consintió tiene ciertas limitaciones; pero existe una protección adicional: el crédito o fianza no es ejecutable contra la comunidad conyugal. En efecto, es legalmente imposible separar los bienes comunes, para tal ejecución, antes de la disolución de la comunidad. **Palabras clave:** Anulable, comunidad, crédito, fianza, responsable. Recibido: 10-06-25. Aprobado: 23-07-25.

The necessary consent of both spouses to take out loans and provide bonds for significant amounts

Abstract: *When two spouses are subject to a community property regime, contracting a loan or issuing a guarantee for a significant amount is an act of disposal likely to affect the community. Consequently, the loan or guarantee requires both spouses' consent. This stems from the general rule of the heading of Article 170 of the Civil Code, which requires the couple's consent; from the illustrative nature of the list of acts requiring this consent, included in the heading of Article 168 of the same code; and from the exceptional nature of the judicial authorization provided for in the last part of this Article. In transactions involving small sums, and in the cases provided for in Articles 165 and 166 of said Code, both spouses' consent is, exceptionally, not required. The relevant loan or guarantee entered into unilaterally by one spouse is voidable at the request of the other. In fact, it is a widespread practice among professional lenders to request the identification of borrowers and guarantors, if they are natural persons, in order to verify their marital status, since, if they are married, documents may be voidable. Therefore, the bank or lending company that does not request such identification is at fault; and, thus, incurs liability to the spouse behind whose back the transaction was carried out. Likewise, the spouse who signed the loan or guarantee incurs liability to his or her unknowing spouse. This protection for the spouse who did not consent has certain limitations. However,*

*there is an additional protection: the loan or guarantee is not enforceable against community property. Indeed, it is legally impossible to separate the community property for such enforcement before the dissolution of the community. **Keywords:** Voidable, Community, Credit, Guarantee, Liable.*

Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en República Dominicana

Gilbert M. DE LA CRUZ ÁLVAREZ*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 23, 2025, pp. 91-118.

SUMARIO

A modo de introducción: la responsabilidad patrimonial como derivación del derecho fundamental a la buena administración 1. Breve delimitación de la responsabilidad patrimonial: una garantía distinta a la expropiación 2. Principios base de la responsabilidad patrimonial dominicana 2.1. *Principio de unidad* 2.2. *Principio de universalidad* 2.3. *Principio de responsabilidad directa* 2.4. *Principio de sistema mixto (no puramente objetivo)* 3. Los sistemas de responsabilidad patrimonial extracontractual del régimen jurídico dominicano 3.1. *Sistema de responsabilidad por actividad antijurídica* 3.2. *Sistema de responsabilidad por actividad lícita* 4. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad patrimonial 4.1. *Daño indemnizable* 4.2. *Verificación de un factor de atribución de responsabilidad patrimonial de la Administración* 4.3. *Relación de causalidad entre el daño y la actuación administrativa*

* Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (Santo Domingo-República Dominicana), profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Salamanca (Salamanca-España), Máster en Derecho Administrativo.

A modo de introducción: la responsabilidad patrimonial como derivación del derecho fundamental a la buena administración

En la actualidad, tercera década del siglo XXI, no basta con concebir al Derecho Administrativo como la disciplina jurídica que tiene por finalidad el equilibrio entre las potestades de la Administración Pública y los derechos de las personas, ya que no solo se trata de limitar u ordenar los derechos ciudadanos mediante el ejercicio unilateral de las potestades administrativas o del control del acto administrativo, sino de proteger de manera efectiva los derechos de las personas –incluso mediante acciones positivas, por las obligaciones de hacer o prestaciones necesarias para activar la efectividad de los derechos sociales¹–, que es la función esencial de la República Dominicana como Estado social y democrático de Derecho, según lo dispuesto por los artículos 7 y 8 de la Constitución.

A eso refiere RODRÍGUEZ-ARANA cuando señala que, como consecuencia del Estado social y democrático de Derecho, el Derecho Administrativo –y recordemos que esta disciplina se define según el alcance del concepto de Administración Pública– ha transitado hacia las personas como centro de atención, en el sentido de que la Administración Pública no se justifica por sí misma, sino únicamente por su «función servicial»². Se ha pasado de aquella clásica concepción de la Administración Pública heredera del príncipe del Antiguo Régimen, todopoderosa y cargada de privilegios, a otra visión donde ella y sus potestades solo son instrumentos para la protección –y, por lo tanto, están al servicio– de las personas³.

¹ PREÑA FREIRE, Antonio Manuel: *Las garantías en el Estado constitucional de derecho*. Trotta. Madrid, 1997, p. 268; ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta. Madrid, 2014, p. 25.

² RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime: «El derecho fundamental de la persona a la buena administración». En: *Derecho Administrativo e integración europea*. Reus. J. C. LAGUNA DE PAZ *et al.*, coords. Madrid, 2017, p. 350; RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime: «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa». En: *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica*. Editorial Jurídica Venezolana. J. RODRÍGUEZ-ARANA y J. I. HERNÁNDEZ G., coords. Caracas, 2017, pp. 118 y 119.

³ MEILÁN GIL, José Luis: *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*. IUSTEL. Madrid, 2011, pp. 22-27.

Así, como derivación correlativa de esas implicaciones del Estado social y democrático de Derecho, surge el «derecho fundamental a la buena administración»⁴, que tiene la virtud de concebir la relación de la Administración Pública y los ciudadanos desde otra perspectiva distinta a la visión tradicional, a una enfocada en la persona, con la dignidad humana y los derechos fundamentales como núcleo⁵. Se trata, según lo sostenido por nuestro Tribunal Constitucional –en un recurso de revisión constitucional de una sentencia de amparo–, refiriéndose por primera vez sobre la «buena administración» como un derecho implícito, de «... un derecho actualmente dimanante de las obligaciones puestas a cargo de la Administración Pública por la Constitución de la República y otras normas»⁶, como son la Ley N.º 247-12, Orgánica de la Administración Pública y la Ley N.º 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo⁷.

De ahí que se espera que el ejercicio de la función administrativa esté conforme a los estándares de la «buena administración», para lo cual es necesario cumplir con ciertos parámetros de conducta debida –enfocada siempre en la persona como figura central– para eliminar toda praxis de vicios y disfunciones de una «mala administración» o, como de cierta manera ha sugerido el Tribunal Constitucional –refiriéndose al cumplimiento de las funciones de los organismos administrativos–, de lo contrario, los organismos y sus funcionarios quedan sujetos a las consecuencias jurídicas consignadas en el artículo 148 de la Constitución⁸, referente a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dicho en las palabras sostenidas por el Tribunal

⁴ RODRÍGUEZ ARANA, Jaime: «El derecho fundamental a la buena administración». En: *Derecho Administrativo y Administración Pública en tiempo de crisis*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 59.

⁵ DELPIAZZO, Carlos E.: «Supuestos necesarios para asegurar la calidad del Estado de Derecho». En: *Principios fundamentales del Derecho público. Los desafíos actuales*. Editorial Jurídica Venezolana. A. BREWER-CARÍAS y J. ARAUJO-JUÁREZ, coords. Caracas, 2021, pp. 153-160.

⁶ TCRD, sent. N.º 0322/14, del 22-12-04.

⁷ Ídem.

⁸ TCRD, sent. N.º 0100/14, del 10-06-14.

Constitucional en otra decisión, al referirse al carácter universal del derecho a la buena administración:

Toda persona tiene derecho, por tanto, a exigir el imperio de los parámetros propios de la buena administración en sus relaciones con las instituciones públicas, los cuales imponen a la Administración el respeto de un cierto estándar de comportamiento en sus relaciones con los administrados⁹.

Esto es importante, a nuestro modo de ver, porque esos estándares de buena administración no solo implican una obligación de reparación de la Administración Pública, sino que, además, tiene una función «preventiva y de control». Preventiva porque, tal como ha señalado MARTÍN REBOLLO, la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene un papel pedagógico porque le enseña a la Administración Pública cómo actuar en el futuro para prevenir eventuales condenas, es decir, influye en el modo ulterior de gestionar el interés general mediante la función administrativa¹⁰. En lo que respecta a la función de control, porque sirve al principio constitucional de eficacia¹¹, lo cual contribuye a una gestión pública de calidad, a la exigencia de buen funcionamiento¹². En palabras del mencionado autor:

⁹ TCRD, sent. N.º 0341/15, del 09-10-14.

¹⁰ MARTÍN REBOLLO, Luis: *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*. IUSTEL. Madrid, 2005, pp. 42-50.

¹¹ En ese sentido debe precisarse que el «principio de eficacia» –al cual está sujeta la actuación administrativa, según dispone el artículo 138 de la Constitución dominicana– supone que la organización y el funcionamiento de la Administración Pública debe orientarse a la consecución efectiva de sus fines y objetivos, es decir, al cumplimiento de sus funciones. De ahí que la doctrina encuentra en el principio constitucional de eficacia un componente indispensable del derecho fundamental a la buena administración. *Vid.* PAREJO ALFONSO, Luciano: «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública». En: *Documentación Administrativa*. N.ºs 218-219. INAP. Madrid, 1989, pp. 15-65; MATILLA CORREA, Andry: *La buena administración como noción jurídico-administrativa*. Dykinson. Madrid, 2020, pp. 241-248.

¹² MARTÍN REBOLLO, Luis: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica». En: *Documentación Administrativa*. N.ºs 237-238. INAP. Madrid, 1994, pp. 25 y ss.

Y es aquí donde se manifiesta la función más profunda de la responsabilidad pública en el Estado social de Derecho porque se coloca en el centro de la concepción constitucional de las Administraciones Públicas, aparece como un correlato de la eficacia, se yergue como un pilar fundamental del Derecho público.

La responsabilidad, pues, por encima de sus no siempre brillantes concreciones jurisprudenciales, apunta al corazón mismo de las dimensiones del Estado, a las pautas de calidad en la prestación de los servicios, a las exigencias del buen funcionamiento. De ahí que un sistema muy amplio de responsabilidad presuponga un estándar alto de calidad de los servicios...¹³

Parece que esa función «preventiva y de control», a nuestro entender, es lo que hoy inspira y fundamenta la responsabilidad patrimonial de la Administración como institución jurídica, pues no se trata solo de reparar los perjuicios no deliberados de la actuación administrativa, sino de eficientizar a la Administración en su accionar para reducir eventuales daños y gastos innecesarios para las arcas públicas. Esto porque es de una buena administración reparar, pero no indemnizar por causar con frecuencia y habitualidad daños a las personas. Mejor dicho, por RODRÍGUEZ-ARANA:

Si nos quedamos solo en la consecuencia de los daños que eventualmente cause la Administración Pública y nos encontramos en el corazón de su funcionamiento, estaremos resolviendo solo una parte del problema, pero no estaremos ofreciendo una solución integral y completa a un problema que hoy se ve analizado, desde mi punto de vista, desde la perspectiva del derecho fundamental del ciudadano a la buena Administración Pública, que no es la que más indemniza porque lesiona mucho los bienes y derechos de las personas, sino que es la que menos indemniza porque es más respetuosa con la posición jurídica de los ciudadanos¹⁴.

¹³ Ibíd., p. 30.

¹⁴ RODRÍGUEZ ARANA, Jaime: «La responsabilidad patrimonial del Estado». En: *Derecho Administrativo y Administración Pública en tiempo de crisis*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 182.

De manera que la responsabilidad patrimonial de la Administración es un principio constitucional, es «... un elemento de orden del sistema, un matizado mecanismo para configurar y modular aquella actuación, una pieza esencial de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos»¹⁵, que contribuye a la consecución de la buena administración.

En ese sentido, en las líneas siguientes se explican —o se intenta explicar, por lo menos— las bases constitucionales y legales de la responsabilidad patrimonial de la Administración como derivación del derecho fundamental a la buena administración, así como el alcance e impacto que la institución de la responsabilidad ha tenido en la jurisprudencia tras el poco tiempo de vigencia de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo. Sin embargo, por el número de páginas al que debe ajustarse este documento solo abordará la responsabilidad extracontractual derivada de la actuación administrativa, excluyéndose la responsabilidad contractual de la Administración Pública, así como la derivada de otro tipo de funciones públicas, como es la responsabilidad estatal por la actividad jurisdiccional y legislativa.

1. Breve delimitación de la responsabilidad patrimonial: una garantía distinta a la expropiación

La doctrina es recurrente en la afirmación de JELLINEK, para quien la responsabilidad patrimonial de la Administración es la *última ratio* del Estado de Derecho, bajo el entendido de que el sistema de garantías jurídicas estaría incompleto si no se reconociera la obligación de la Administración Pública de responder por los perjuicios consecuentes de sus actuaciones¹⁶. Esto porque

¹⁵ MARTÍN REBOLLO: ob. cit. (*La responsabilidad patrimonial...*), p. 46.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Civitas. Madrid, 2006, p. 153; MEILÁN GIL, José Luis: «El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: una revisión doctrinal». En: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. N.º 58. Curitiba, 2014, p. 13; ORTIZ ÁLVAREZ, Luis: *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995, p. 90; ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. 6.ª, Tecnos. Madrid, 1980, p. 371.

cuando la Administración Pública produce daños sobre los derechos e intereses legítimos de las personas en el ejercicio de la función administrativa y no es posible una tutela restitutiva, solo queda reparar, es decir, pagar económicamente por los daños y perjuicios provocados.

Sin embargo, no debe confundirse el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el resultado final, que es el pago de una suma económica a favor del afectado. Es necesario considerar que la responsabilidad patrimonial de la Administración es producto de un suceso accidental, esto es, efectos perjudiciales no deliberados, no perseguidos ni pretendidos por la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa, ya sea por actuación lícita o no¹⁷. Esto es así, debe precisarse, porque la responsabilidad patrimonial de la Administración no es una potestad o atribución legal, sino un hecho jurídico que exige que la Administración Pública responda por los perjuicios de su conducta¹⁸.

Es justamente por eso que la responsabilidad patrimonial de la Administración se distingue, como instituto jurídico, de otra garantía patrimonial prevista por el ordenamiento jurídico frente a la actividad administrativa. Tal es el caso de la expropiación –que algunas veces suele tratarse en nuestro país como un supuesto de responsabilidad patrimonial¹⁹–, que, a diferencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el perjuicio sufrido por la persona en su patrimonio no es un resultado inesperado de la actuación administrativa, sino algo planificado, pretendido y buscado. La razón es sencilla: contrario a la responsabilidad patrimonial de la Administración, que es un hecho jurídico, la expropiación es una potestad «ablatoria» que tiene por finalidad quitar o eliminar la propiedad porque así lo exige el

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*Los principios de la nueva...*), p. 165.

¹⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. 2.ª, B d F. Montevideo, 2012, pp. 90-101.

¹⁹ Cfr. GARCÍA DEL ROSARIO, Argenis: *Fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado*. 2.ª, Impresora Soto Castillo. Santo Domingo, 2017, p. 92; FERNÁNDEZ ESTRELLA, Aracelis: «La responsabilidad patrimonial del Estado en la República Dominicana». En: *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo*. N.º 2. Madrid, 2022, pp. 275-310.

interés general²⁰ –causa justificada de «utilidad pública o de interés social», según la disposición expresa del artículo 51.1. de la Constitución– que procura satisfacer la Administración Pública, siendo el pago económico –inclusive– un presupuesto previo para el ejercicio válido de la mencionada potestad administrativa²¹.

Todo esto fue advertido hace un tiempo por MIR PUIGPELAT en un trabajo prologado por el célebre profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, por lo que nos parece oportuno recordar lo que el referido autor explicaba:

Si la expropiación, como hemos dicho (...) es la privación total o parcial de derechos (o, en algunos casos, intereses) patrimoniales, mediante un acto jurídico de Derecho público dirigido a producirla, realizada para la satisfacción de determinadas finalidades públicas, la responsabilidad patrimonial entrará en juego, abarcará todos aquellos daños incidentales, accesorios a la actuación pública, no provocados voluntariamente por el Poder Público para la satisfacción del interés general.

La expropiación, en efecto, además de ser una garantía para el ciudadano (al implicar el derecho a indemnización), es un instrumento en manos de la Administración (...) una verdadera potestad para la consecución del interés general. Como potestad, permite al Poder Público privar a los particulares de bienes y derechos. La expropiación, por tanto, se caracteriza por comportar una privación (un daño) querida, perseguida (...) por el Poder Público, una privación exigida, además, por el interés general. Dos

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. 14.ª, Civitas. Madrid, 2015, pp. 122 y ss; y CASSAGNE, Juan Carlos: *Derecho Administrativo*. Vol. II. Palestra. Lima, 2010, pp. 585 y ss.

²¹ Creemos que este es el criterio seguido por el Tribunal Constitucional (sent. 0261/14, de 05-11-14) al conocer un recurso de revisión constitucional, definiendo la expropiación como lo que realmente es: «una potestad administrativa». Tal como explicamos en otra parte de documento, la expropiación es utilizada para extinguir intencionalmente el derecho propiedad, contrario a la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración que solo comprende los daños incidentales, es decir, no previstos.

elementos, pues, la definen y la distinguen de la institución de la responsabilidad de la Administración: el Poder Público, en ella, provoca deliberadamente el daño al particular (...) el daño que es exigido y justificado –aunque a cambio de indemnización– por el interés general (por ello suele decirse que el expropiado se sacrifica en aras del interés general). El daño, en la expropiación, aparece como medio necesario para la consecución del fin público. La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público²².

No importa que el daño sea consecuencia de una actividad lícita de la Administración, ya que, tal como ha indicado MIR PUIGPELAT, en ese supuesto el daño también es incidental, es decir, un efecto no deseado ni perseguido por la Administración, contrario a lo que sucede con la expropiación²³.

Sin ánimos de ahondar en esta distinción, ya que desborda el tema que nos ocupa por ahora, hacemos la advertencia sobre la necesidad de distinguir la responsabilidad patrimonial de la Administración como una garantía patrimonial distinta a la expropiación y con un ámbito de protección también diferente. Recordando que cada categoría jurídica –en las que tanto insistió MEILÁN GIL para la construcción y comprensión del Derecho Administrativo como un *ius commune*– debe entenderse, explicarse y usarse según su función en el ordenamiento jurídico, sin imprevistos, a pesar de ciertas similitudes con otras instituciones.

²² MIR PUIGPELAT: ob. cit. (*La responsabilidad patrimonial...*), pp. 91 y 92.

²³ *Ibíd.*, p. 94.

2. Principios base de la responsabilidad patrimonial dominicana

Siguiendo los lineamientos de la doctrina comparada, podría clasificarse la responsabilidad patrimonial en el ordenamiento dominicano como un sistema fundamentado en los caracteres de unidad, universalidad, directo y mixto, según lo explicado más adelante.

2.1. Principio de unidad

Nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración es amplio e integral, ya que permite que las personas puedan perseguir y obtener la reparación de los daños y perjuicios por cualquier organismo que ejerza función administrativa, sin reducto de inmunidad. Esto porque, en consonancia con el artículo 148 de la Constitución, el artículo 4.10 de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo establece –como derivado del derecho fundamental a la buena administración– el: «Derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia de la actividad o inactividad de la Administración».

Esto es importante porque la Administración Pública, identificada por la «función administrativa», ha sido concebida como una nota común a todas las ramas del Poder Público²⁴. Ello significa que el régimen de responsabilidad patrimonial comprende los tres poderes del Estado, incluso los órganos

²⁴ Al analizar las bases constitucionales del Derecho Administrativo dominicano, BREWER-CARÍAS sostuvo que la actuación administrativa no coincide con la separación de poderes y, por tanto, no es exclusiva de un determinado órgano estatal, sino común a todos los Poderes Públicos y organismos de rango constitucional, siendo la nota definidora de ello la función administrativa. *Vid.* BREWER-CARÍAS, Allan: «Bases constitucionales del Derecho Administrativo y del proceso contencioso». En: *Estudio de Derecho público, Administrativo y Constitucional: reflexiones en la República Dominicana*. Centro Hostos de Estudios Constitucionales-Librería Jurídica Internacional. Santo Domingo, 2022, p. 166.

de rango constitucional y las personas de derechos privados que ejerzan funciones administrativas²⁵.

Lo que es más importante: esa idea de la función administrativa definidora de la Administración Pública y común a todas las ramas del Poder Público ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, por lo que nos permitimos reseñar algunos fallos que así lo evidencian:

En una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en ocasión de un recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales contra una sanción disciplinaria del Consejo del Poder Judicial –en el que el recurrente entendía que la decisión impugnada era de naturaleza jurisdiccional, no administrativa–, se definió la actuación del mencionado órgano judicial como una actividad administrativa. Así lo señaló expresamente el Tribunal Constitucional:

El Consejo del Poder Judicial aplica el régimen disciplinario que deben observar los jueces y demás miembros del Poder Judicial. Al conocer de estas causas no actúa como órgano jurisdiccional, sino como órgano administrativo que impone las sanciones previstas en la Ley; estas decisiones no tienen carácter de decisión judicial, sino administrativo²⁶.

En otra decisión, el Tribunal Constitucional aceptó que los sujetos de Derecho privado, distintos a los organismos del Estado, pueden ejercer funciones administrativas y, por tanto, en esas ocasiones se encuentran plenamente regidos por las normas del Derecho Administrativo –lo cual incluye, claro está, el régimen de responsabilidad patrimonial–. Sobre el particular, el referido tribunal señaló lo que sigue:

²⁵ Una buena referencia de esto son los artículos 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, y 2, párrafo II, de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, de los cuales se extrae la idea de que para el legislador orgánico la función administrativa y, por tanto, el concepto de Administración Pública, no se enfoca únicamente en los entes y órganos administrativos del Poder Ejecutivo, sino que también comprende la actuación materialmente administrativa de todas las ramas del Poder Público.

²⁶ TCRD, sent. N.º 0279/13, del 30-12-13.

... resulta ineludible precisar que las personas jurídicas privadas aunque se hallan esencialmente orientadas a la consecución de fines igualmente privados, en la medida en que hayan sido investidas de la facultad de ejercer funciones administrativas, participan de la naturaleza administrativa, en cuanto toca con el ejercicio de esas funciones, en cuyo desempeño ocupan la posición de la autoridad estatal gozando, por ende, de las prerrogativas del Poder Público y encontrándose, en consecuencia, sometidas a la disciplina del Derecho público.

m. De la totalidad de los precedentes razonamientos se infiere, por tanto, que la función administrativa no atañe exclusivamente al Poder Público sino que también incumbe a personas privadas; y que si bien el carácter identificador de las cámaras de comercio corresponde al de entidades eminentemente privadas, estas ejercen funciones públicas que las obligan a someterse a la disciplina del Derecho público, y, en nuestro país, al régimen de la Ley núm. 200-04, General de Libre Acceso a la Información Pública²⁷.

De manera, pues, que el sistema de responsabilidad dominicano comprende todas las Administraciones Públicas, entendida como tales las que ejercen función administrativa como nota definidora, no siendo dicha función exclusiva de los organismos del Poder Ejecutivo, sino común a todos los poderes del Estado, órganos y entes de rango constitucional y personas de Derecho privado, según se ha explicado precedentemente.

2.2. Principio de universalidad

La referencia al principio de universalidad significa que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro país es, como ilustrativamente ha indicado SANTAMARÍA PASTOR en España, «de carácter total»²⁸, pues alcanza todas las actividades administrativas y en todas sus vertientes, ya sea un acto administrativo, un reglamento, una actuación material o un supuesto

²⁷ TCRD, sent. N.º 0291/14, del 17-12-14.

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. II. 5.ª, Iustel. Madrid, 2018, p. 429.

de inactividad. Lógicamente, con esto queremos decir que ninguna actuación u omisión administrativa está excluida del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Esto es así porque tanto la Constitución (artículo 148) como la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo (artículos 4.10 y 57) son expresas al indicar que el derecho a la reparación de las personas comprende todos los daños y perjuicios consecuentes de la «actuación» u «omisión administrativa», sin matización de ningún tipo en lo que respecta a la actividad. Tal como hizo la jurisprudencia española al describir la expresión «servicios públicos» para determinar el ámbito de la actividad que genera la obligación de reparación, en República Dominicana debe entenderse por actuación u omisión administrativa «... toda actuación, gestión, actividad o tarea propia de la función administrativa, que aplica incluso por omisión o pasividad con resultados lesivos»²⁹.

2.3. Principio de responsabilidad directa

La responsabilidad patrimonial de la Administración es directa, en el sentido de que la Administración Pública responde directamente frente a las personas afectadas, incluso por la actuación perjudicial de los servidores públicos que están bajo sus servicios, sin perjuicio del derecho de repetición. Esto es bastante importante, ya que la Administración es una ficción jurídica impulsada por los sujetos humanos que ocupan los cargos públicos, por lo que todas las acciones administrativas son impulsadas por personas físicas. De manera, pues, que la responsabilidad patrimonial de la Administración directa constituye una garantía de integralidad para el afectado, ya que de esa manera no asume el riesgo de que el responsable se insolvente y, además, le evita tener que identificar al servidor público que provocó el daño, así como precisar su dolo o su imprudencia grave³⁰ —que conforme

²⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. 8.^a, Aranzadi. Navarra, 2016, p. 357.

³⁰ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel y MEDINA ALCOZ, Luis: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». En: *Manual de Derecho Administrativo*.

al artículo 58, párrafo II, de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo, es lo que abre la responsabilidad personal del funcionario³¹—.

Basta, sencillamente, que la persona afectada dirija su acción legal contra la Administración Pública porque, conforme al principio del artículo 12.17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública:

Los entes y órganos administrativos comprometen su responsabilidad civil (...) por los daños causados por la falta de sus (...) servidores en el desempeño de la función administrativa, independientemente de las acciones que podrá intentar para resarcirse del perjuicio propio causado por el dolo o la falta grave e inexcusable del servidor.

Se trata, a nuestro entender, de la adopción de la «teoría del órgano» como criterio de imputación, dado que la Ley Orgánica de la Administración Pública permite que los daños causados a las personas por la actuación u omisión administrativa se le imputen directamente al ente o, dicho de otra manera, a la Administración, de cuya organización forma parte el servidor público causante del perjuicio³². Esto porque, según explica LEGUINA VILLA, bajo dicha teoría «... la actividad del funcionario se configura como una actividad propia del ente y, por consiguiente, deben ser atribuidas a este todas las consecuencias, dañosas o no, de dicha actividad»³³.

Marcial Pons. F. VELASCO CABALLERO y M. M. DARNACULLETA GARDELLA, dirs. Madrid, 2024, p. 800.

³¹ Lo cual ha sido aceptado plenamente por la jurisprudencia, al sostener que la responsabilidad personal del funcionario exige la verificación de dolo o imprudencia grave de su parte, estando la carga de la prueba de eso sobre la persona que persigue la indemnización por los daños y perjuicios. *Vid.* SCJ, 3.ª Sala, sent. N.º TS-23-1068, del 29-09-23, B.J. 1354, pp. 4547 y 4548; SCJ, 3.ª Sala, sent. N.º TS-23-1086, del 29-09-23, B.J. 1354, p. 4736.

³² La imputación deberá dirigirse contra el ente administrativo que, conforme al artículo 6 de la Ley núm. 247-12, es el sujeto de derecho, con personalidad jurídica de Derecho público y por tanto titular de derechos y obligaciones.

³³ LEGUINA VILLA, Jesús: *La responsabilidad civil de la Administración Pública*. Tecnos. Madrid, 1970, p. 51.

Igualmente, la Administración parece responder directa y solidariamente por la actuación de sus contratistas privados, ya que así lo contempla el artículo 58, párrafo III, de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo, al disponer lo siguiente:

Párrafo III. En el caso de daños sufridos con ocasión de la ejecución de una obra pública o la prestación de un servicio público concesionado, la indemnización se exigirá en todo caso de la Administración por cuenta de la cual se llevó a cabo la actividad, actuando como codemandado el contratista o concesionario. Será de aplicación el régimen de responsabilidad extracontractual regulado en este Título, debiendo abonar la indemnización aquel que hubiera causado el daño. A tales efectos, responderá la Administración si el daño deriva de un defecto en el proyecto elaborado por la Administración o de una orden dada por ella. En caso contrario, responderá el contratista o concesionario. Conocerá en todo caso de la acción la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que quepa deducir acción de responsabilidad civil contra el contratista o concesionario ante los tribunales civiles.

Como salta a la vista, la Administración Pública podría responder directa y solidariamente incluso por los perjuicios de sus contratistas, estando este último sujeto –inclusive– al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo.

2.4. Principio de sistema mixto (no puramente objetivo)

Contrario al caso español –cuya referencia es imprescindible por la influencia de su legislación administrativa en nuestro país–, que destaca por tener un régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración de carácter objetivo³⁴, el ordenamiento jurídico dominicano contiene uno

³⁴ Pero no sin objeciones, pues algunos afirman que, en la jurisprudencia de dicho país, el fundamento principal de la responsabilidad patrimonial es la antijuridicidad de la actuación u omisión administrativa, siendo la responsabilidad por actividad

de naturaleza mixta, en el que conviven y se complementan dos sistemas distintos, pues combina la responsabilidad por culpa o falta de servicio como supuesto general de reparación, con la responsabilidad objetiva para ciertos y excepcionales supuestos de actividad lícita de la Administración Pública, creadora de daños especiales y anormales.

Así, bajo razonables parámetros y sin introducir al país en una discusión que en España ha suscitado los denominados «excesos indemnizatorios» del sistema de responsabilidad puramente objetivo³⁵⁻³⁶, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración dominicano es completo y equilibrado, debido a que, haciendo nuestras las palabras expresadas por ORTIZ ÁLVAREZ para referirse al caso venezolano, puede describirse en los términos que siguen:

lícita una excepción ante los supuestos de riesgo o desigualdad en las cargas públicas. *Vid.* MIR PUIGPELAT, Oriol: «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración». En: *Revista de Administración Pública*. N.º 213. CEP. Madrid, 2020, pp. 29-47.

³⁵ Como son las duras críticas del PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando: «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». En: *Documentación Administrativa*. N.ºs 237-238. INAP. Madrid, 1994, pp. 239-253, al sistema español de responsabilidad objetiva, proponiendo una interpretación para que la Administración solo responda por falta de servicio y en los exclusivos casos de funcionamiento normal (sin culpa), donde los supuestos de daños sean consecuencia directa e inmediata de la actuación administrativa que suponga un sacrificio especial. Por su parte, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «Prólogo» al libro de AHUMADA RAMOS, Francisco Javier: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. 3.ª, Aranzadi. Navarra, 2009, pp. 33-43, calificó el sistema de peligroso por no tener parámetros claros.

³⁶ Tanto así que Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA –en «Prólogo» al libro de MIR PUIGPELAT: *ob. cit. (La responsabilidad patrimonial...)*, pp. XXI-XXVIII–, uno de los creadores del actual régimen de responsabilidad patrimonial español, respondió las críticas para explicar que nunca fue concebido un sistema responsabilidad objetiva y absoluta, sino un sistema de «antijuridicidad objetiva», bajo unos criterios de imputación precisos de responsabilidad que se enfocan, no en la conducta del agente causante del perjuicio, sino en el afectado que no tiene la obligación de soportar. Por lo que esos «excesos indemnizatorios» –indica GARCÍA DE ENTERRÍA– es el producto de la interpretación libre de la jurisprudencia, inspirada en una perspectiva de equidad o una situación socialmente deseada por criterios morales o deseos de protección social.

... un sistema indemnizatorio que se divide en dos regímenes coexistentes y complementarios como son, por una parte, el régimen de «responsabilidad por funcionamiento normal» (también llamado por sacrificio particular o sin falta y por riesgo), en el cual el criterio específico decisivo para la responsabilidad es la imputación a la actividad administrativa de un daño anormal o especial, entrando dentro de este régimen especialmente las actividades lícitas o producto del funcionamiento normal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o interés general, donde el fundamento principal va a encontrarse en el principio de igualdad ante las cargas públicas, en ciertos casos apoyado por la doctrina del riesgo; y, por otra parte, un régimen de «responsabilidad por funcionamiento anormal» (o por falta de servicio), en el cual el criterio específico o decisivo para los fines de la responsabilidad es ese funcionamiento anormal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal³⁷.

Por esa razón el catedrático español GUICHOT, al analizar y comparar nuestro régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración con el de España, comentó que,

... habida cuenta lo singular y cada vez más contestado del sistema de responsabilidad administrativa española, mi valoración comparativa de la regulación dominicana de los fundamentos de la responsabilidad administrativa es positivo, con una fórmula más clara, simple y consonante, en sus fundamentos, con el Derecho comparado y con la lógica misma de la responsabilidad³⁸.

³⁷ ORTIZ ÁLVAREZ, Luis A.: «El principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública». En: *Principios fundamentales del Derecho público. Los desafíos actuales*. Editorial Jurídica Venezolana. A. BREWER-CARÍAS y J. ARAUJO-JUÁREZ, coords. Caracas, 2021, p. 985.

³⁸ GUICHOT, Emilio: «La responsabilidad administrativa en la Constitución de la República Dominicana y el Proyecto de ley de derechos de las personas en sus relaciones con la administración y procedimiento administrativo. Comparación con la regulación española y valoración». En: *Memorias del Congreso internacional de Derecho Administrativo Dr. Raymundo Amaro Guzmán*. ADDA-Editorial Jurídica Venezolana Internacional. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ *et al.*, eds. Santo Domingo, 2015, pp. 737 y 738.

La razón del carácter mixto del régimen responsabilidad patrimonial de la Administración se debe al artículo 148 de la Constitución, que instauró con carácter general un sistema de responsabilidad por actuación u omisión administrativa antijurídica, pero sin excluir –y, por lo tanto, dejando la posibilidad– los supuestos de responsabilidad por actuación lícita que pudieran aparecer como consecuencia de la ruptura del principio igualdad ante las cargas públicas³⁹. Por eso el artículo 57, párrafo 1, de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo reconoció la responsabilidad patrimonial de la Administración por actividad lícita o sin falta bajo los términos siguientes:

Artículo 57.- Responsabilidad subjetiva. El derecho fundamental a la buena administración comprende el derecho de las personas a ser indemnizados de toda lesión que sufran en sus bienes o derechos como consecuencia de una acción u omisión administrativa antijurídica. Corresponde a la Administración la prueba de la corrección de su actuación.

Párrafo 1. Excepcionalmente, se reconocerá el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados incluso en ausencia de funcionamiento irregular, a la vista de las circunstancias del caso y, en especial, de la naturaleza de la actividad generadora de riesgos o de la existencia de sacrificios especiales o singulares en beneficio de la generalidad de los ciudadanos, derivados del ejercicio lícito de potestades administrativas.

Como puede apreciarse, en este aspecto el régimen dominicano se ha apartado del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración española –que consagra un sistema objetivo, basado en la idea de «daño antijurídico»–, estableciendo la responsabilidad por antijuridicidad o falta de servicio como el factor de atribución estándar y cuantitativamente más relevante del ordenamiento jurídico, complementado con supuestos excepcionales de responsabilidad por actividad lícita, para los supuestos de sacrificio especial y generación de riesgo excepcional que supongan un

³⁹ RODRÍGUEZ HUERTAS, Olivo: «Comentario al artículo 148». En: *Constitución comentada*. 4.^a, FINJUS-Amigos del Hogar. Santo Domingo, 2015, p. 324; BREWER-CARÍAS: ob. cit. («Bases constitucionales...»), p. 115.

quiebre de la igualdad ante las cargas públicas, sin que exista una obligación de soportar por parte del afectado. Por eso, a nuestro modo de ver, el régimen dominicano de responsabilidad patrimonial de la Administración dominicano corresponde a un sistema mixto.

3. Los sistemas de responsabilidad patrimonial extracontractual del régimen jurídico dominicano

Tal como indicamos con anterioridad, el régimen dominicano de responsabilidad patrimonial de la Administración dominicano establece un sistema mixto, que comprende responsabilidad por falta de servicio como el factor de atribución cuantitativamente más relevante del ordenamiento jurídico y, de manera más reducida, responsabilidad sin falta para ciertos supuestos de sacrificio especial y actividad riesgosa. En tal sentido, las líneas siguientes explican brevemente los rasgos principales y operativos de estos dos sistemas en nuestro ordenamiento.

3.1. Sistema de responsabilidad por actividad antijurídica

Este primer sistema, de carácter subjetivo, tiene como factor de atribución de responsabilidad la ilegitimidad de la conducta, con base en los artículos 148 de la Constitución y 57 de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo, que disponen expresamente que la Administración Pública y sus servidores son conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios provocados por la actuación u omisión administrativa antijurídica. Se trata del elemento de responsabilidad patrimonial de la Administración más común en Derecho comparado, mejor conocido como *faute de service* (falta de servicio) por referencia al Derecho francés⁴⁰.

Según lo explicado por LEGUINA VILLA, la *faute de service* no tiene en Francia la misma connotación que la tradicional idea de «falta» del Derecho Civil, sino que corresponde a un concepto más amplio y objetivo⁴¹, en el sentido

⁴⁰ ORTIZ ÁLVAREZ: ob. cit. (*La responsabilidad patrimonial...*), pp. 237-243.

⁴¹ LEGUINA VILLA: ob. cit. (*La responsabilidad civil...*), pp. 150-158.

que, al ser directa la responsabilidad patrimonial de la Administración, prescinde de la culpa del agente público autor del daño y de su individualización como factor de responsabilidad, enfocándose solo en el deber de reparación por el funcionamiento anormal o la irregularidad del servicio⁴².

En tal sentido, la doctrina indica que la «... falta de servicio es la explicación de los reproches propios de la actividad administrativa, con independencia del título de intervención...»⁴³, por lo que se acepta su presencia ante la violación del ordenamiento jurídico⁴⁴. La antijuridicidad de la conducta es el principal presupuesto, por lo que hay falta de servicio cuando la Administración Pública no cumple con los estándares mínimos de comportamiento que el ordenamiento jurídico requiere, ya sea porque emitió una actuación contraria a Derecho, porque no actuó teniendo la obligación legal de hacerlo —que es el supuesto de la «omisión antijurídica»— o porque actuó tardíamente⁴⁵.

Por ende, se trata de un sistema sumamente amplio, que extiende la responsabilidad patrimonial de la Administración a todos los supuestos en los que la Administración ha actuado en violación al ordenamiento jurídico, ya sea por acción u omisión, por incumplir normas de Derecho o vulnerar los derechos e intereses legítimos de las personas.

Sobre el particular, creemos importante advertir que parece existir un criterio que apunta a la idea de que, para conseguir responsabilidad patrimonial de la Administración por una actuación formal antijurídica —como el acto administrativo, por ejemplo—, la misma tiene que perseguirse mediante una pretensión accesoria de un recurso contencioso-administrativo o después

⁴² CASSAGNE, Juan Carlos: «Panorama de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado». En: *Responsabilidad del Estado*. Temis. J. C. CASSAGNE, coord. Bogotá, 2021, pp. 366-369; RODRÍGUEZ, Libardo: *Derecho Administrativo general y colombiano*. Vol. II. 20.^a, Temis. Bogotá, 2017, p. 308.

⁴³ RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: una construcción técnica desde la contemporaneidad*. Librería Jurídica Internacional. Santo Domingo, 2022, p. 170.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ MORAND-DEVILLER, Jacqueline: *Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017, p. 766.

de conseguirse la nulidad del acto de la Administración Pública, ya que el transcurso del plazo para demandar la invalidez cierra la posibilidad de responsabilidad patrimonial de la Administración por actuación ilegal⁴⁶. Esto, inclusive, parece haber sido aceptado por el Tribunal Constitucional al desestimar un recurso de revisión constitucional contra una sentencia en la que la Suprema Corte de Justicia validó —rechazando una casación— la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo donde se perseguía una condena en responsabilidad patrimonial de la Administración por un supuesto acto administrativo inválido, por haberse demandado fuera del plazo para accionar en nulidad ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴⁷.

3.2. Sistema de responsabilidad por actividad lícita

El segundo sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración comprende lo que en la doctrina suele estudiarse bajo los rótulos de responsabilidad *sans faute* (sin falta) o por actividad lícita, donde la actuación de la Administración Pública es irreprochable por estar ajustada a Derecho, pero aun así se producen daños y perjuicios incidentales por la misma. Este sistema se aleja de la idea de que la Administración Pública es irresponsable cuando actúa de manera lícita para aceptar la responsabilidad patrimonial de la Administración sin falta en los supuestos donde, muy a pesar de la licitud de la actuación administrativa, una persona fue injustamente perjudicada por el beneficio común o general. Según la doctrina, en este sistema se produce un desplazamiento de la antijurídica de la conducta hacia el daño mismo, pues el factor de atribución de la responsabilidad patrimonial de la Administración no es una actuación irregular, sino un daño injusto por recaer sobre quien no tiene la obligación de soportar⁴⁸.

Para la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración bajo este sistema, la doctrina verifica la «anormalidad» y «especialidad» del

⁴⁶ SCJ, 3.^a Sala, sent. N.º SCJ-TS-22-010, del 25-02-22, B.J. 1335, pp. 6781-6799.

⁴⁷ TCRD, sent. N.º 0832/23, del 27-12-23.

⁴⁸ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor: «La responsabilidad del Estado en Venezuela». En: *Responsabilidad del Estado*. Temis. J. C. CASSAGNE, coord. Bogotá, 2021, p. 350; RODRÍGUEZ: ob. cit. (*Derecho Administrativo...*), vol. II, p. 309.

daño, que es lo que permite establecer el nivel de tolerabilidad de las cargas públicas por la actuación lícita de la Administración⁴⁹. Esto requiere comprobar si los perjuicios exceden la magnitud razonable, que no son comunes ni típicos de la convivencia en sociedad o si han sido recibidos por una persona o un grupo reducido de personas⁵⁰. Si, por el contrario, el daño es un perjuicio general o ha sido soportado por la sociedad en proporción, no habría responsabilidad patrimonial de la Administración por estar dentro de los niveles de tolerabilidad.

En la República Dominicana, la base principal de este sistema está en el principio de igualdad del artículo 39 de la Constitución, que proscribe toda discriminación, incluso aquella que, partiendo de una actuación lícita, tenga consecuencias desiguales, como el desequilibrio de las cargas públicas⁵¹. Esto es importante porque, tal como se advierte en Derecho comparado, el factor de atribución de este sistema no es una actuación discriminatoria en su contenido⁵², sino en su resultado porque la desigualdad se sitúa en los efectos, que conllevan a la ruptura del soporte de las cargas públicas⁵³.

Por esta razón, el artículo 57, párrafo 1, de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo contempla la responsabilidad patrimonial de la Administración por actividad lícita cuando, en beneficio de la generalidad de los ciudadanos, los derechos e intereses de una persona sean sacrificados de manera singular o afectados por alguna actividad riesgosa que desencadene en un daño singular y anormal. Se trata del desequilibrio de las cargas públicas, que se produce cuando las limitaciones y los perjuicios generales de la

⁴⁹ ORTIZ ÁLVAREZ: ob. cit. («El principio de la responsabilidad...»), pp. 991 y 992; ARAUJO-JUÁREZ, José: *Tratado de Derecho Administrativo general y comparado*. Vol. II. CIDEP. Caracas, 2024, pp. 560-566.

⁵⁰ MEIRAL, Héctor: «Responsabilidad del Estado por su actividad lícita». En: *Responsabilidad del Estado*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2008, pp. 145 y 146.

⁵¹ PRATS, Eduardo Jorge: *Derecho Constitucional*. Vol. II. 2.ª, Librería Jurídica Internacional. Santo Domingo, 2024, p. 839.

⁵² Si es ese el caso, entonces tendríamos una actuación ilegal que debe ser anulada, para lo cual es bastante útil el test de igualdad desarrollado por el Tribunal Constitucional sent. N.º 0033/12, del 15-08-12.

⁵³ ORTIZ ÁLVAREZ: ob. cit. (*La responsabilidad patrimonial...*), pp. 118 y 119.

sociedad son recibidos en exceso de lo tolerable o de manera desproporcionada por una persona o grupo limitado de personas, supuesto donde no existe obligación de soportar⁵⁴.

De esto resulta que este sistema tiene en nuestro ordenamiento dos títulos de imputación, que son el i. «sacrificio especial» y el ii. «riesgo excepcional», los cuales generan la obligación de reparar cuando la persona sufra daños anormales y especiales como consecuencia de actividades peligrosas o sacrificios singulares en beneficio del bien común, tales como, por ejemplo, el obstáculo que supone para el funcionamiento de un establecimiento comercial específico la construcción de una obra pública que obstruye el ingreso al mismo —produciendo pérdida de clientela, etc.— o aquel tercero que recibe una bala disparada por un agente de la policía durante la persecución de un delincuente⁵⁵. En ambos supuestos se produce un daño anormal y especial porque alguna persona recibe en exceso, de manera singular y, por tanto, sin obligación de soportar, los daños y perjuicios propios de actividades estatales regulares.

4. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad patrimonial

La declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la verificación de los requisitos siguientes: i. un daño indemnizable; ii. la verificación de un factor de atribución de responsabilidad patrimonial de la Administración, ya sea por actuación u omisión antijurídica o por alguna actuación lícita que suponga un sacrificio especial o un riesgo excepcional, y iii. una relación de causalidad entre el daño y la actuación administrativa. En lo siguiente se explican los referidos requisitos.

4.1. Daño indemnizable

Tal como ha indicado la jurisprudencia, «... no puede existir responsabilidad sin la verificación de un daño indemnizable...»⁵⁶, por lo que su comprobación

⁵⁴ Ibíd., pp. 133-141.

⁵⁵ MEIRAL: ob. cit. («Responsabilidad del Estado...»), pp. 145 y 146.

⁵⁶ SCJ, 3.^a Sala, sent. N.º 219, del 08-07-20, B.J. 1316, pp. 5196-5205.

constituye el primer requisito para la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dicho en palabras simples, sin daño no hay lugar a la reparación.

En tal sentido, la doctrina ha indicado que «... el daño constituye una variación negativa, un detrimento o disminución en la esfera subjetiva reconocida al ciudadano para el ejercicio y protección de sus derechos»⁵⁷, lo cual conecta con el artículo 57 de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo cuando habla de responsabilidad patrimonial de la Administración como respuesta ante toda lesión que la persona sufra en sus bienes o derechos por la actuación administrativa. Lógicamente, esto revela que el régimen dominicano de responsabilidad patrimonial de la Administración dominicano es de «reparación integral», siendo determinante el artículo 59 de la referida Ley cuando indica que el mismo comprende la indemnización de «... daños de cualquier tipo...», ya sea «... patrimonial, físico o moral, por daño emergente o lucro cesante...».

Sin embargo, para que el daño sea indemnizable y pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario que cumpla con la exigencia del artículo 59 de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo, en el sentido de que sea un perjuicio «real» y «efectivo». Según explica la doctrina, esta exigencia implica la verificación cierta de un daño, ya producido, lo cual descarta las especulaciones de un hipotético o potencial perjuicio, de dudosa comprobación⁵⁸. Supone también que las meras expectativas no son indemnizables, que es el criterio que ha seguido la jurisprudencia española para explicar la existencia de un daño reparable⁵⁹.

Según explica la doctrina, lo anterior no impide que en algunos casos se admita la reparación de un daño futuro, siempre que pueda anticiparse

⁵⁷ RAMÍREZ SÁNCHEZ: ob. cit. (*La responsabilidad patrimonial...*), p. 114.

⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ: ob. cit. (*Responsabilidad patrimonial...*), pp. 332-333; DE AHUMADA RAMOS: ob. cit. (*La responsabilidad patrimonial...*), pp. 195 y 196.

⁵⁹ LÓPEZ MENUDO, Francisco *et al.*: *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos*. Lex Nova. Valladolid, 2005, pp. 207 y 208.

de manera certera su producción en el tiempo⁶⁰. Por lo que debe resaltarse que, tal como apunta la doctrina española, el artículo 59 de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo admite la indemnización de daños futuros cuando haya certidumbre sobre su producción.

4.2. Verificación de un factor de atribución de responsabilidad patrimonial de la Administración

Luego de precisarse la existencia de un daño cierto, deberá determinarse el factor de atribución de la responsabilidad patrimonial de la Administración según los sistemas explicados anteriormente, es decir, la imputación de que la lesión del bien o derecho procede de una actividad o inactividad antijurídica de la Administración Pública o, en caso de una actuación lícita, por suponer un «sacrificio especial» o un «riesgo excepcional» que el afectado no tiene la obligación de soportar en beneficio del bien común o general⁶¹.

4.3. Relación de causalidad entre el daño y la actuación administrativa

Para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración es necesario la existencia de un nexo causal entre el daño y la actuación u omisión administrativa, ya que los artículos 3.17, 4.10, 57 y 58 de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo circunscriben la responsabilidad a las lesiones que sean consecuencia de la función administrativa, es decir, que reflejen una relación de causa-efecto entre el perjuicio y la conducta de la Administración Pública⁶². Por el contrario, si el daño no logra imputársele a la Administración por tratarse de un caso de fuerza mayor, según dispone el artículo 57, párrafo II, de la Ley sobre los Derechos de las Personas en

⁶⁰ GONZÁLEZ PÉREZ: ob. cit. (*Responsabilidad patrimonial...*), p. 332; DE AHUMADA RAMOS: ob. cit. (*La responsabilidad patrimonial...*), pp. 195 y 196; LÓPEZ MENUDO *et al.*: ob. cit. (*La responsabilidad patrimonial...*), pp. 209-214.

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA: ob. cit. (*Los principios de la nueva...*), pp. 199-201; CASSAGNE: ob. cit. («Panorama de la responsabilidad...»), p. 379.

⁶² SCJ, 3.^a Sala, sent. TS-22-0444, del 31-05-22.

sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo o por ser el hecho absoluto de un tercero, no habrá responsabilidad patrimonial de la Administración.

Para esto podría seguirse el criterio de nuestra jurisprudencia civil que se inclina por la teoría de la «causalidad adecuada»⁶³, la cual es aplicada por países con sistemas de responsabilidad patrimonial de la Administración similares al dominicano, como Colombia⁶⁴, Perú⁶⁵ y Argentina⁶⁶. Según dicha teoría, sostener que un hecho es la causa de un determinado perjuicio exige comprobar que, aun concurriendo otras causas y considerando las circunstancias del caso, ese hecho ha sido suficiente y determinante para entender de manera razonable que fue lo que produjo el daño. De manera, pues, que la causa adecuada es aquella que resulte idónea y suficiente para producir el resultado que genera el reclamo, según la experiencia de un observador objetivo⁶⁷.

A esto es necesario añadir que, según el artículo 58, párrafo III, de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo, la concurrencia de la víctima en la producción del daño puede excluir o moderar la responsabilidad patrimonial de la Administración, según las circunstancias del caso. En ese

⁶³ SUBERO ISA, Jorge A.: *Tratado práctico de responsabilidad civil dominicana*. 8.^a Impresora Soto Castillo. Santo Domingo, 2023, pp. 654-658.

⁶⁴ CONTRERAS BERTEL, John: «El rol de la causalidad en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Reflexiones sobre imputación». En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N.º 31. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2024, pp. 237-264.

⁶⁵ HUAPAYA TAPIA, Ramón y SÁNCHEZ POVIS, Lucio Andrés: «La responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad de la Administración Pública en el ordenamiento peruano. Notas para el estudio de su régimen jurídico». En: *Revista Derecho & Sociedad*. N.º 54. PUCP. Lima, 2020, pp. 251-273.

⁶⁶ PERRINO, Pablo: «La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por actividad ilícita». En: *Documentación Administrativa*. N.ºs 269-270. INAP. Madrid, 2004, pp. 388 y 389.

⁶⁷ REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. Concurrencia de culpas». En: *Lecciones de responsabilidad civil*. 2.^a, Aranzadi. J. M. BUSTO LAGO y L. F. REGLERO CAMPOS, coords. Navarra, 2013, pp. 108 y 109.

supuesto, somos de la opinión de que la Administración Pública responderá en proporción al grado de culpa o participación causal en el hecho lesivo, pudiendo descartarse la responsabilidad patrimonial de la Administración si finalmente el daño no puede imputársele⁶⁸.

En caso de concurrencia de más de una Administración Pública se producirá un supuesto de responsabilidad solidaria en virtud del artículo 58, párrafo 1, de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimiento Administrativo, sin perjuicio del derecho de repetición por parte del organismo asistido del derecho correspondiente.

* * *

Resumen: El autor reflexiona sobre la Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico de República Dominicana. Para lo anterior divide su colaboración en cuatro partes a la que se suma un *introito* sobre la relación de la responsabilidad patrimonial y el derecho fundamental a la buena administración. En concreto, aborda la delimitación de la referida responsabilidad, los principios que las sustentan, los diversos sistemas que operan en el Derecho dominicano y cierra describiendo los requisitos para su procedencia. **Palabras clave:** Responsabilidad patrimonial, Administración Pública, buena administración. Recibido: 06-08-25. Aprobado: 17-08-25.

*Patrimonial responsibility of the Public Administration
in the Dominican Republic*

Abstract: *The author reflects on the patrimonial responsibility of the Public Administration in the legal system of the Dominican Republic. To this end, he divides his contribution*

⁶⁸ Ibíd., pp. 133 y 134.

into four parts, including an introduction on the relationship between patrimonial responsibility and the fundamental right to good administration. Specifically, he addresses the delimitation of this responsibility, the principles that underpin it and the various systems in force in Dominican law. He concludes by describing the requirements for its admissibility.

Keywords: *Patrimonial responsibility, Public Administration, good administration.*

El Derecho de los Animales como seres sintientes

Sacha Rohán FERNÁNDEZ CABRERA*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 23, 2025, pp. 119-167.

«No me importa si el animal es capaz de razonar,
solo sé que es capaz de sufrir y, por eso, lo considero mi prójimo».

Albert SCHWEITZER¹

SUMARIO

Introducción 1. Consideraciones generales 2. La protección de los derechos de los animales en Venezuela 3. Protección en el ámbito del Derecho internacional. Conclusiones

Introducción

El presente trabajo no pretende ser exhaustivo ni agotar todo lo relacionado con el tema vinculado con el derecho de los animales, ni sobre su consideración

* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Abogado; Especialización en Derecho Procesal y Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración; Doctor en Ciencias, mención Derecho; ex Auxiliar de Investigación Docente; profesor de Derecho Civil III (Obligaciones). **Universidad Bicentennial de Aragua** (Maracay-Venezuela), profesor de Protección de Datos Judiciales en el Diplomado de Derecho Procesal Telemático. Instituto Venezolano de Derecho Procesal, Miembro y Bibliotecario Suplente. Red El Derecho Informático (REDI), miembro activo. srfclegal2025@gmail.com.

¹ Ludwig Philipp Albert SCHWEITZER fue un médico, filósofo, teólogo y músico franco-alemán, con ciudadanía inicialmente alemana y después francesa. Misionero médico en África y Premio Nobel de la Paz en 1952. También conocido por su vida interpretativa de Jesús y su profundo conocimiento de los textos bíblicos. La cita fue tomada de Bienestar Animal: <https://alejandragomesdamaral.com/bienestar-animal/>.

actual como seres sintientes, simplemente se busca resaltar aquellos aspectos más llamativos según nuestra reflexión.

En tal sentido, se harán unas consideraciones generales sobre el origen y evolución de la protección animal, haciendo referencia a algunas legislaciones en el ámbito de otros países, alguna normativa internacional y otros aspectos jurídicos; todo ello, sin dejar de lado y analizar el ordenamiento jurídico patrio.

Finalmente, se indicarán las reflexiones sobre este tema de no fácil tratamiento y no exento de polémica y posiciones encontradas, sobre todo al tomar en consideración que se consideran involucrados no solamente los sentimientos animales, sino también de los seres humanos que comparten con ellos.

1. Consideraciones generales

En los nuevos tiempos se ha venido incrementando el activismo de los seres humanos en protección de los animales, surgiendo diferentes tipos de organizaciones en protección de estos, como Animal Legal Defense Found² o PETA (*People for the Ethical Treatment of Animals*)³, en los cuales se pretende generar una conciencia sobre la conducta humana respecto a ellos y tener una actitud más ecológica.

Esto ha llevado a que se plantee si los animales tienen derechos y, en caso de reconocérseles, observar si se trata de facultades propias, que pueden ser llamados como derechos animales, o si les son extensibles los derechos humanos a ellos. Esta discusión comienza desde Grecia en los siglos VI y III a. C.⁴;

² En español Fundación de la Defensa Legal de Animales, que fue fundado por la abogada Joyce Tiskler en 1979, como la primera organización dedicada a la promoción de la esfera del Derecho de Animales y usando el derecho para proteger las vidas y defender los intereses de animales.

³ Fundada en 1980, es una corporación sin ánimo de lucro, financiada casi exclusivamente por sus miembros, es el mayor grupo por los derechos de los animales en el mundo. <http://www.petalatino.com/>.

⁴ MASRI, Al-Hafiz Basheer Ahmad: *Islamic Concern for Animals*. Athene Trust. 1987, citado en RYDER, Richard D.: *Animal Revolution: Changing Attitudes towards Speciesism*. Berg. 2000, p. 23.

con Roma en su *corpus iuris civiles* (529 d. C.) de JUSTINIANO⁵; con VIRGILIO (70-19 a. C.), LUCRECIO (99-55 a. C.) y OVIDIO (43 a. C. 17 d. C.) y los pensadores PLUTARCO (46-120 d. C.), PLOTINIO (205–270 d. C.) y PORFIRIO (232–305 d. C.). En la Edad Moderna se reflejó en los pensamientos de DESCARTES y KANT, así como LOCKE en *Some Thoughts concerning education*⁶; hasta llegar posteriormente en el tiempo a SCHOPENHAUER en *Escritura premia sobre la base de la moral*, para actualmente ser objeto de debate por Jeremy BENTHAM y Peter SINGER (*Animal Liberation*); teniendo una discusión jurídica por parte de Helmut F. KAPLAN, Steven WISE (*Rattling the cage, Drawing the line*) y Gary FRANCIONE (*Introduction to animal rights - Animals, property and the Law*).

Por lo tanto, un punto álgido es determinar si se pueden considerar a los animales como personas jurídicas o sujetos de derecho, o si, por el contrario, se deben considerar aún como cosas, pero con ciertas prerrogativas, sobre todo ante el cambio de visión del hombre y la concientización que asume ante el entorno que lo rodea, que abandona la visión antropocéntrica del mundo y pasa a un pensamiento biocentrista, lo que hace ver a los animales como seres vivos dotados de cierto grado de inteligencia, que sienten y sufren como los seres humanos. Pese a que otros autores dicen que los animales no poseen aptitud para ser titulares de derecho y obligaciones, por lo que no son personas, aunque por su condición de seres vivos sean dignos de cuidado y preservación⁷. Pero independientemente de que se acoja una u otra posición,

⁵ Se llegó a pensar que, según el Derecho natural, aunque en principio regía la vida de los seres humanos, podía extenderse la protección a los animales considerando su condición de seres vivos y que formaban parte de la naturaleza. En tal sentido, se puede ver a PEÑA AGUILAR, Amelia: «Por los derechos de los animales». En: *La Razón*. La Paz, 2014, <https://www.la-razon.com>.

⁶ *Vid.* <https://oll.libertyfund.org/titles/locke-the-works-vol-8-some-thoughts-concerning-education-posthumous-works-familiar-letters>.

⁷ El determinar si los animales pueden o no ser considerados como personas no es el objeto del presente artículo, motivo por el cual remitimos a otras monografías que ampliamente discuten sobre el tema. En tal sentido, se sugiere ver a: CORVI, Luis Daniel: «Los animales y los robots frente al Derecho». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10. Caracas, 2018, pp. 133-144; ARTEAGA FLAME- RICH, María Fernanda: «¿Tienen derecho los animales?». En: *Revista Venezolana de*

lo cierto es que existe una legislación en el ámbito mundial y nacional que ha buscado darles cierto grado de protección.

No obstante, las primeras leyes conocidas fueron creadas en Irlanda en el año 1635⁸, prohibiendo esquilar lana de ganado ovino y atar arados a las colas de los caballos basándose en la crueldad usada frente al animal. Para 1641, la colonia estadounidense de Massachusetts Bay estableció la misma prohibición, basadas en el *Massachusetts Body of Liberties* (Cuerpo de Libertades de Massachusetts), en la que se listaba los *rites* (derechos) que el tribunal general de la colonia adaptó más tarde y que en el número 92 establecía que «A ningún humano le es permitido efectuar algún tipo de tiranía o crueldad hacia alguna criatura nacida que esté normalmente retenida para uso humano». Igualmente, en Inglaterra, fueron aprobadas en 1654, leyes como parte de las ordenanzas del protectorado bajo el gobierno de Cromwell desde 1653 hasta 1659 (durante la guerra civil de Inglaterra), como parte del movimiento puritano.

De esta forma, este llamado «derecho de los animales» se trata de una colección de normas positivas y de decisiones jurisprudenciales que tienen por objeto a la naturaleza, tomando en consideración el aspecto legal, social y biológico de los animales, lo cual es distinto de la filosofía y movimiento sobre los «derechos naturales» de los animales.

Cuando se trata sobre el derecho de animales incluye tanto a los animales de compañía, los silvestres, los animales empleados en el entretenimiento y los animales criados para comida, investigación y trabajo, siendo comparado el surgimiento de esta nueva actividad humana, con el movimiento del derecho ambiental que se efectuó hace 30 años.

Legislación y Jurisprudencia. N.º 12. Caracas, 2019, pp. 15-33; RIQUEZES CONTRERAS, Oscar: «De nuevo sobre la subjetividad jurídica: ¿los animales son personas?». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 20. Caracas, 2023, pp. 195-260.

⁸ *The Statutes at Large*. Dublin, 1786, capítulo 15.

Sin embargo, sobre este punto coincidimos con lo señalado por el profesor SPÓSITO CONTRERAS respecto a que se debe tomar en consideración la posición homeostática del hombre, así como que «... no todas las personas son seres humanos (*verbi gratia*, las personas jurídicas), o que no todos los humanos son personas (*verbi gratia*, el feto)...»⁹, por lo que, si se les niega la personalidad a seres humanos en ciertos supuestos, esto permite también que se les nieguen derechos a los animales no humanos, lo que permite que aunque se les vean como meros objetos, pueden ser susceptibles de protección jurídica, donde los seres humanos deben estar dispuestos a asumir su responsabilidad, donde se debe equilibrar, adaptar o modificar nuestros distintos sistemas normativos tomando en consideración diferentes aspectos (religiosos, morales o jurídicos), buscando evitar la humanización de los animales o de la naturaleza en general, sin con ello, negarles ciertas prerrogativas o derechos propios¹⁰.

2. Derecho de los animales en la actualidad

Las diversas asociaciones protectoras de animales y los movimientos pro-animalistas en diferentes países, buscando sensibilizar a la ciudadanía en relación con el bienestar animal y sus derechos en general (incluidos los animales domésticos, entre ellos los animales de compañía o mascotas) ha venido evolucionado durante los años, incluyendo su regulación jurídica, buscando la descodificación, con el reconocimiento explícito de estos como seres vivos sintientes en lugar de cosas¹¹. De esta manera, en el Derecho internacional, se destacan dos instrumentos que establecen un estatuto jurídico para los animales, los cuales se mencionan a continuación.

Nos encontramos con la Declaración Universal de los Derechos del Animal (*Universal Declaration of Animal Rights*), que fue proclamada el 15 de octubre

⁹ SPÓSITO CONTRERAS, Emilio: «Los derechos de los animales no humanos». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 20. Caracas, 2023, p. 411.

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 409-428.

¹¹ Sobre las teorías que justifican los derechos para los animales se puede ver a LALATTA COSTERBOSA, Marina: «Derecho de los animales. Un desafío para el Derecho, la moral y la política». En: *Derecho y Libertades, Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*. N.º 50 (Época II). Madrid, 2024, pp. 75-83.

de 1978 en la sede de la UNESCO en París, el cual se trata de un instrumento que fue promovido por la Liga Internacional de los Derechos del Animal (formada en 1976 en Ginebra para promover el texto)¹², la que presentó el texto original en 1977.

También tenemos la Declaración Universal sobre el Bienestar Animal (*Universal Declaration on Animal Welfare, UDAW*) y un borrador de la Convención de las Naciones Unidas sobre Sanidad y Protección Animal (*UN Convention on Animal Health and Protection, UNCAHP*), de 1989, promovida por la *Global Animal Law GAL Association*. Igualmente, está el Convenio Europeo sobre Protección de Animales de Compañía de 1987, del cual hablaremos más adelante.

Del mismo modo, está la Organización Mundial de Sanidad Animal (OMSA, fundada como OIE), que es la autoridad mundial en materia de sanidad animal. Es una organización intergubernamental, fundada en 1924 como Oficina Internacional de Epizootias (OIE), cambiando su nombre al de OMSA en mayo de 2003. Este organismo ha publicado códigos con normas sanitarias para diversas especies, como el Código Sanitario para los Animales Terrestres de 2024¹³, así como ha elaborado su propia definición del bienestar de los animales terrestres, que figura en dicho Código. En el 2017, los países miembros de la OMSA, que son 182, adoptaron la Estrategia Mundial de Bienestar Animal, presentada en diciembre de 2016¹⁴, en el marco de la 4.^a Conferencia mundial de la OMSA sobre bienestar animal en Guadalajara (México), destinada a proporcionar una dirección y coordinación continuas de las acciones de la OMSA para lograr mejoras sostenidas.

¹² La Liga está conformada por representantes de Francia, Holanda, Alemania, Austria, Suiza, Bélgica, Noruega, Reino Unido, Portugal, España, Italia, Canadá, India y Brasil.

¹³ Organización Mundial de Sanidad Animal, Código Terrestre, <https://www.woah.org/es/que-hacemos/normas/codigos-y-manuales/acceso-en-linea-al-codigo-terrestre/>.

¹⁴ Organización Mundial de Sanidad Animal, Estrategia mundial de bienestar animal, https://web.oie.int/download/SG/2017/E_85SG_14.pdf.

Luego están las instituciones comunitarias de la Unión Europea (UE), que han aprobado numerosas directivas que tienen como objeto velar por la protección y bienestar animal y evitar o reducir algunas formas de sufrimiento animal, a pesar de no existir ninguna norma específica referente a los animales de compañía¹⁵, a excepción de una norma relativa a aditivos en alimentos para ciertas especies animales, en particular las mascotas, y del Reglamento (UE) N.º 576/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía y por el que se deroga el Reglamento (CE) N.º 998/2003. En esta normativa, se armoniza las normas de circulación de los animales de compañía para facilitar que los ciudadanos de la UE se desplacen por esta con sus perros o gatos, ante lo cual deben estar provistos de un pasaporte para animales de compañía, que se obtiene de un veterinario, siendo que las autoridades nacionales de cada país miembro expiden los pasaportes a los veterinarios.

Igualmente, se debe destacar que uno de sus dos Tratados Constitutivos de la UE reconoce a los animales como seres vivos sintientes (artículo

¹⁵ A modo de ejemplos podemos observar: i. Directiva del Consejo, del 19-11-91, sobre la protección de los animales durante el transporte y que modifica las Directivas 90/425/CEE y 91/496/CEE (91/628/CEE), <http://data.europa.eu/eli/dir/1991/628/2007-01-05> y <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/AUTO/?uri=CELEX:01991L0628-20030605&qid=1660072421191>; ii. Directiva 93/119/CE del Consejo, del 22-12-93, relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza, <http://data.europa.eu/eli/dir/1993/119/2007-01-05>; iii. Directiva 98/58/CE del Consejo, del 20-07-98, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas, <http://data.europa.eu/eli/dir/1998/58/2019-12-14>; iv. Directiva 2010/63/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22-09-10, relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos, <http://data.europa.eu/eli/dir/2010/63/2019-06-26>. Dentro de las normas europeas vigentes de bienestar y protección animal figuran también dos reglamentos: i. El Reglamento (CE) N.º 1099/2009 del Consejo, del 24-09-09, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza (DO L 303 del 18-11-09, p. 1), <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/1099/2019-12-14>; ii. Reglamento (CE) N.º 1/2005 del Consejo, del 22-12-04, relativo a la protección de los animales durante el transporte y las operaciones conexas y por el que se modifican las Directivas 64/432/CEE y 93/119/CE y el Reglamento (CE) N.º 1255/97 (DO L 3 del 05-01-05, p. 1), <http://data.europa.eu/eli/reg/2005/1/2019-12-14>.

1314 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE), y allí mismo se indica que se respetan al mismo tiempo «las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional», lo que se ha criticado indicando que en la práctica, hace que este precepto tenga poca fuerza¹⁶.

La legislación de la Unión Europea redefine regularmente lo que se entiende por bienestar de los animales de granja de acuerdo con evidencias de base científica y puntos de vista culturales¹⁷. Así, en 2009, se aprobó un conjunto de leyes orientadas a reducir el sufrimiento del animal durante su sacrificio¹⁸, siendo que para el 2012 entró en vigor la Directiva 1999/74/EC de Consejo de la Unión Europea¹⁹, según la cual quedaban prohibidas en toda la Unión las jaulas en batería convencionales para gallinas ponedoras. En ese contexto, la Unión Europea ha desarrollado proyectos como el Welfare Quality (WQ)²⁰ y el Animal Welfare Indicators (AWIN) para impulsar la investigación sobre bienestar en más de 40 universidades y laboratorios integrados, definiendo medidas que van más allá de la legislación en toda la cadena alimentaria²¹.

¹⁶ Ética Animal, Delegación de la Fundación Animal Ethics en España, es una organización creada para aportar información y promover el debate sobre cuestiones de ética animal, y para ofrecer recursos útiles a quienes defienden a los animales. Véase una reflexión sobre los animales en el Derecho de la Unión Europea en una de sus publicaciones posteriores a 2017, <https://www.animal-ethics.org/es/>.

¹⁷ Vid. Arquivo.PT. *Animal Welfare*. <https://arquivo.pt/wayback/20141125002946/http://www.esdaw.eu/animal-welfare.html>.

¹⁸ Food and Agriculture Organization of the United Nation. [https://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC090989/#:~:text=\(EC\)%20No.,1099%2F2009%20on%20the%20protection%20of%20animals%20at%20the%20time,depopulation%20and%20for%20related%20operations](https://www.fao.org/faolex/results/details/en/c/LEX-FAOC090989/#:~:text=(EC)%20No.,1099%2F2009%20on%20the%20protection%20of%20animals%20at%20the%20time,depopulation%20and%20for%20related%20operations).

¹⁹ Vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1999-81657>.

²⁰ Vid. Welfare Quality. *Welfare Quality® Protocolo de evaluación para ganado vacuno*. https://aucatel.com/aucacert/Protocol_WQ_Cattle-es-final.pdf.

²¹ Vid. *Animal Welfare. Assessment Protocols*. <https://www.animalwelfare.com/en/bienestar-animal/protocolos-de-evaluacion/>, así como «La Unión Europea prohíbe desde el lunes la venta de cualquier cosmético probado en animales», <https://www.elmundo.es/elmundo/2013/03/11/ciencia/1363021964.html>.

Haciendo referencia a Europa en general, se observa que la Comisión Europea reconoció en 1997 que los animales son seres sintientes, teniendo como propósito asegurar que los animales no padezcan dolor o sufrimientos evitables, aunado a que obliga al propietario o criador de los animales a respetar unos requisitos mínimos de bienestar²².

A partir del 11 de marzo de 2013 la Comisión Europea prohibió comercializar en la Unión Europea cualquier tipo de producto cosmético en el que se haya experimentado en animales, tales como artículos de aseo, cremas, jabones, maquillaje, higiene dental, entre otros. Aunque se debe destacar que la experimentación con animales en la Unión Europea estaba ya prohibida desde 2004 para los productos cosméticos y desde 2009 para los ingredientes cosméticos²³.

En la Unión Europea, el Consejo de Ministros de la Unión Europea también acordó prohibir las prácticas científicas con grandes simios, como los orangutanes o chimpancés, salvo casos excepcionales para ciertos tipos de enfermedad²⁴. Por lo que, siguiendo este ejemplo, España prohibió desde el 2013 la experimentación con grandes simios, como gorilas, chimpancés, orangutanes y bonobos, que eran utilizados para la experimentación y otros fines científicos diferentes a la cosmética, como la docencia²⁵. En esta misma tendencia, en Nueva Zelanda existe la Ley de Bienestar Animal promulgada

²² Tomado de Wiley. *Animal sentience: The science and its implications, with particular reference to farmed animals*, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/aro2.65>.

²³ European Comission. *Ban on animal testing*, https://single-market-economy.ec.europa.eu/sectors/cosmetics/ban-animal-testing_en; Omfpr, adpr.MX, «Prohíben la experimentación con grandes simios». <https://web.archive.org/web/20170202165138/http://www.informador.com.mx/tecnologia/2010/200526/6/prohiben-la-experimentacion-con-grandes-simios.htm>.

²⁴ Vid. «La Unión Europea prohíbe experimentar con grandes primates», [https://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/08/ciencia/1283945922.html#:~:text=El%20Parlamento%20Europeo%20\(PE\)%20ha,como%20gorilas%2C%20orangutanes%20o%20chimpan%C3%A9s](https://www.elmundo.es/elmundo/2010/09/08/ciencia/1283945922.html#:~:text=El%20Parlamento%20Europeo%20(PE)%20ha,como%20gorilas%2C%20orangutanes%20o%20chimpan%C3%A9s).

²⁵ Vid. «Prohibido experimentar con grandes simios», <https://www.elmundo.es/elmundo/2013/02/01/ciencia/1359734839.html>.

en 1999 (*Animal Welfare Act*), que tuvo una modificación en el 2015, donde se tomó una medida similar²⁶ y cuya última actualización es del 2017²⁷. Así, se otorgaron derechos básicos a cinco grandes especies de simios en su uso para la investigación, prueba o enseñanza, lo cual actualmente está prohibido desde 1999²⁸.

Otro instrumento en la materia de protección de los animales estuvo a cargo del Consejo de Europa, que trabajó con el Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987²⁹, vigente desde el primero de mayo de 1992, en donde se buscó la protección, en especial de los animales de compañía, para que sirviera de marco legal para los 47 miembros que forman parte de este Consejo y los 28 de la Unión Europea, regulando lo referente a la relación entre las personas humanas que tienen a su cargo algún animal o mascota y la responsabilidad que ellos tienen en relación con la salud y bienestar de este. Igualmente, establece una serie de prohibiciones en relación con los animales, tales como las vinculadas con las intervenciones quirúrgicas con fines no curativos. No obstante, en este instrumento, en ningún momento se menciona la palabra «derechos», sino que en su lugar se utiliza el término protección³⁰.

Actualmente, el derecho de animales se enseña en 100 facultades de Derecho estadounidenses, incluyendo Harvard, Stanford, UCLA, Northwestern, University of Michigan y Duke, aunado al hecho de que cada vez, más

²⁶ Vid. «Nueva Zelanda prohíbe la experimentación en animales para la producción cosmética», <https://www.seamosmasanimales.com/2015/04/nueva-zelanda-prohíbe-la-experimentacion-en-animales-para-la-produccion-cosmetica.html>.

²⁷ Vid. <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1999/0142/56.0/DLM49664.html>.

²⁸ ROWAN, Taylor: *A Step At A Time: New Zealand's Progress Toward Hominid Rights*, https://www.animallaw.info/sites/default/files/lralvol_7p35.pdf.

²⁹ Vid. Instrumento de ratificación del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-11637.

³⁰ «Convenio europeo para la protección de los animales», <https://www.elmundo-delgato.com/noticia/1267/legislacion/convenio-europeopara-la-proteccion-de-los-animales-de-comp>.

asociaciones de la abogacía de los Estados Unidos tanto estatales como locales tienen comités de derecho de animales³¹.

Con respeto de los animales, una de las posiciones busca asegurar el equilibrio de la biodiversidad, en donde los animales no humanos deben disfrutar de los mismos derechos que los humanos porque ocupaban la tierra antes de que apareciera el *homo sapiens*, considerándose a los humanos como invasores o «colonos» y a ellos como los nativos o «aborígenes» a los que se les niegan los derechos fundamentales y a quienes, además, se asesina con el acuerdo consciente o inconsciente de la gente.

Así, los enfoques que se tratan son tanto filosóficos como pragmáticos, sobre todo en cuanto a quien tiene la legitimación procesal para accionar judicialmente cuando se daña un animal en una manera que infrinja la ley y que constituya una crueldad, teniendo implicaciones legales en todas las áreas del Derecho, como la de responsabilidad extracontractual, contractual, penal y constitucional.

De esta forma se manejan temas como los relativos a los conflictos con la custodia de animales en las separaciones o divorcios de los seres humanos; los casos de mala *praxis* de los veterinarios; los conflictos habitacionales que suponen políticas sobre animales domésticos y leyes de discriminación; los casos de daños que suponen la muerte o herida injusta a un animal de compañía y lazarillos; los fideicomisos establecidos a favor de animales³²; e inclusive un Derecho Penal que incluye la violencia doméstica y leyes que están contra la crueldad, la comercialización o mercantilización de los animales, así como su uso para actos violentos en peleas entre ellos o contra el hombre, y también el uso deportivo de los mismos³³.

³¹ Vid. «Derecho de animales», https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_animales.

³² Lo cual se ha adoptado por 39 estados de la Unión en los Estados Unidos y otras partes del mundo, conocido como *pet trust*, siendo que en los Estados Unidos existe una ley especial conocida como *Pet Trust Act*, cuyas normas aseguran al animal una existencia digna en caso de muerte o de incapacidad de su dueño.

³³ En Venezuela, se debe tener en cuenta la Ley de Protección de Fauna Silvestre, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 29 289, del 11-08-70, entre otras que hacen mención a la protección de los animales.

En Suiza, en 1992, se enmendó la Constitución para reconocer a los animales como seres vivos y no cosas, reconociendo su dignidad³⁴, tal como se puede apreciar del artículo 120.2, siendo el primer país en reconocer constitucionalmente esta condición; además está la Ley de Bienestar Animal de 1978³⁵, aprobada por votación popular, y la Ley de Protección Animal de 2005³⁶, que establece estándares básicos de cuidado y prohíbe la crueldad, complementan este reconocimiento constitucional.

Por otra parte, en Suiza, se ha revisado la costumbre culinaria de cocer las langostas vivas al agua, estableciendo que antes deberán ser aturcidas, en el marco de una revisión de su legislación en materia de protección animal, además los crustáceos vivos, incluida la langosta, ya no podrán ser transportados sobre hielo o agua helada, sino que deben mantenerse en su entorno natural, según la Ley que entró en vigor en marzo de 2018³⁷. Con esta Ley también se buscó acabar con las granjas ilegales de cachorros, prohibir los dispositivos que castigan a los perros por ladrar, colocar de manera explícitas los motivos para sacrificar animales enfermos o heridos y responsabilizar a los organizadores del bienestar animal en eventos públicos, así como ser el único país europeo que exige que todos los perros lleven microchip y estén registrados en una base de datos central, y en especies, como los conejillos de indias, conejos y periquitos; la Ley del país exige que, como mínimo, se mantengan en parejas³⁸. Esto fue un reflejo de lo que ya había ocurrido previamente en Italia cuando el Tribunal Supremo italiano dictaminara, en junio de 2017, que las langostas no se deben mantener

³⁴ Vid. <https://wipolex-resources-eu-central-1-358922420655.s3.amazonaws.com/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf>.

³⁵ Vid. *Animal Law. Swiss Federal Act on Animal Protection of March 9, 1978*, <https://www.animallaw.info/statute/switzerland-cruelty-swiss-federal-act-animal-protection-march-9-1978>.

³⁶ Vid. Federal Food Safety and Veterinary Office, <https://www.blv.admin.ch/blv/en/home/tiere/tierschutz.html>.

³⁷ Tomado de «Suiza prohíbe cocinar las langostas en agua hirviendo», <http://www.noticias24.com/gastronomia/noticia/7031/suiza-acaba-de-prohibir-cocinar-las-langostas-en-agua-hirviendo/>.

³⁸ Esto se encuentra en la Ley Federal de Protección de los Animales, <https://www.blv.admin.ch/blv/fr/home/tiere/tierschutz.html>.

vivas en hielo en los restaurantes porque ello significa un sufrimiento injustificable antes de matarlas para comer³⁹.

En este mismo orden de ideas, en Suiza también, un tribunal condenó a un hombre que permitió que su gato lamiera su zona íntima, filmó las acciones y luego las compartió en redes sociales, ante lo cual la Fiscalía adujo que el acusado actuó con el propósito de obtener placer sexual y fue consciente de que sus acciones atentaron contra la dignidad del animal, siendo que el tribunal dictaminó que incluso un gato tiene dignidad y autodeterminación sexual. En Suiza, el sexo con animales se considera un acto de menosprecio a la dignidad animal y, por tanto, de crueldad, aunque se trate de acciones sexuales no violentas, como en este caso, son punibles por la ley. Por ello, se sentenció a este hombre de 58 años a seis meses de prisión en libertad condicional por cometer actos de crueldad animal con su gato, y, además de la condena, se le impuso una multa de dos mil francos suizos (aproximadamente 2200 dólares estadounidenses) y se le prohibió de por vida trabajar con menores⁴⁰.

Sin embargo, todo este movimiento en pro de reconocer derechos a favor de los animales no se ha realizado sin ningún tipo de inconvenientes, siendo que un ejemplo de esto lo podemos ver en Suiza, en el año de 2010, se llevó a cabo un referéndum a nivel nacional para decidir si se les daba a los animales el derecho constitucional de ser representados en un tribunal, siendo que más del 70 % votó por el no, debido a que ello implicaba que, a los animales a ser defendidos, se les tendría que nombrar abogados, financiados con dinero público, para garantizar el cumplimiento de las leyes de bienestar

³⁹ *Vid.* «Tribunal supremo italiano condena restaurante con 5000 euros de multa por tener langostas en hielo», https://www.abc.es/internacional/abci-tribunal-supremo-condena-restaurant-5000-euros-multa-tener-langostas-hielo-201706162238_noticia.html.

⁴⁰ *Vid.* «Los gatos tienen derecho a la “autodeterminación sexual”, sentencia de Corte Europea», <https://estaciondelsiglo.net/justicia-en-suiza-condenan-a-un-hombre-por-abuso-sexual-hacia-su-gato/>; y «Gatos tienen derecho a la autodeterminación sexual», <https://actualidad.rt.com/actualidad/539373-gatos-tienen-derecho-autodeterminacion-sexual>.

animal y podía evitar casos de crueldad, para lo cual el contribuyente tendría que pagar los costos de un sistema nacional de abogados de animales⁴¹.

En Suecia, existe la Ley de Bienestar Animal de 2018⁴², en la que se proclamó que los animales son seres sintientes, analizando cómo deben tratarse los animales mantenidos por humanos y también los animales salvajes utilizados para estudios científicos, siendo que una de las partes más importantes de esta legislación es la aseveración de que los animales tienen un valor intrínseco propio, sin importar el beneficio que traigan a las vidas humanas, lo cual implica ser una declaración poderosa y dramática, aunque actualmente solo aplica a animales que son cuidados por los humanos y para la ciencia.

En Alemania, desde el 2 de agosto de 2001, el artículo 20a de la Ley Fundamental alemana o *Grundgesetz* (GG)⁴³ defiende el derecho de los animales a su protección como una de las tareas principales del Estado, agregando también el bienestar animal en una enmienda efectuada en el 2002, convirtiéndose así en el primer miembro de Unión Europea en establecer esto⁴⁴.

En Bélgica, existen un conjunto de leyes aprobadas por sus respectivos parlamentos, siendo que, como ejemplo, podemos indicar que a partir del primero de enero de 2019 en Flandes y del primero de septiembre de ese mismo año en Valonia quedaron prohibidos los rituales religiosos con matanza de animales, estableciendo como obligatorio dar muerte a los animales con aturdimiento previo, habiendo sido esto una exigencia de las organizaciones

⁴¹ Vid. «En Suiza votan: no más derechos a animales», https://www.bbc.com/mundo/cultura_sociedad/2010/03/100307_1540_animales_referendum_suiza_sao.

⁴² Vid. «Recognition of animal sentience and prohibition of animal suffering», https://api.worldanimalprotection.org/country/sweden?_ga=2.27681660.1164021352.1698431880-877396683.1698172563.

⁴³ Vid. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

⁴⁴ Vid. «Germany guarantees animal rights», <https://edition.cnn.com/2002/WORLD/europe/06/21/germany.animals/index.html>, y «... und die tiere Constitutional Protection for Germany's Animals», <https://www.animallaw.info/article/und-die-tiere-constitutional-protection-germanys-animals>.

protectoras de animales; no obstante, esto levantó las protestas de las comunidades judías y musulmanas⁴⁵.

En España, además de lo previamente indicado, en todo su territorio se cumple con la normativa comunitaria en materia de bienestar animal, debiéndose tener en cuenta que es competencia de las comunidades autónomas la aplicación de esta normativa en cada uno de sus territorios. Respecto a los animales de producción, existe una normativa en materia del bienestar animal desde 1974⁴⁶, con la aprobación de la directiva relativa al aturdimiento de los animales antes de su sacrificio, contenido en el Real Decreto 54/1995⁴⁷. Igualmente, se ha regulado el bienestar de los animales en otros ámbitos de la producción animal, como son la estancia en la granja y el transporte de los animales regulado en el Real Decreto 990/2022⁴⁸.

Del mismo modo, las explotaciones ganaderas deben cumplir con la normativa general básica en materia de bienestar de los animales en las granjas, establecida en el Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo⁴⁹, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 98/58/CE⁵⁰, relativa a la protección de los animales en las explotaciones. Este Real Decreto se aplica a todas las granjas de animales vertebrados, criados o mantenidos para la producción de alimentos, lana, cuero, pieles o con otros fines agrarios, excluyendo a los animales que viven de manera salvaje o natural, los destinados a participar en competiciones, exposiciones, actos o actividades culturales o deportivas ni a los animales destinados a experimentación. Esta normativa establece los requisitos que deben tener las instalaciones, abarcando los

⁴⁵ Vid. «El animalismo pone coto a los rituales halal y “kosher” en Europa», https://elpais.com/sociedad/2019/01/06/actualidad/1546777614_877579.html.

⁴⁶ Vid. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, https://www.mapa.gob.es/es/ganaderia/legislacion/Legislacion_Default_de_bienestar_animal.aspx.

⁴⁷ Vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-3942>.

⁴⁸ Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, <https://www.mapa.gob.es/es/ganaderia/temas/produccion-y-mercados-ganaderos/bienestanimal/aspectos-generales/>. La normativa sobre la estancia en la granja y el transporte de los animales está disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-19912>.

⁴⁹ Vid. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-4698>.

⁵⁰ Vid. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1998-81607>.

equipos automáticos y mecánicos, el manejo de suministro de agua y bebida, las mutilaciones, el uso de sistemas de cría, entre otros. Igualmente, regula la documentación exigible a los ganaderos, como que se deben registrar en el libro de explotación los tratamientos veterinarios que dan a los animales, así como que el personal debe tener los conocimientos necesarios para atender a los animales⁵¹.

Por otra parte, está el Real Decreto 53/2013⁵², que establece las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia.

Del mismo modo, el Código Penal de 1995⁵³, en su artículo 33.d, que fuera modificado por la Ley Orgánica 1/2015⁵⁴, introdujo nuevas penas de inhabilitación para la tenencia de animales y el ejercicio de profesiones relacionadas con animales, así como impuso penas más severas en el artículo 337 para el que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o le sometan a explotación sexual⁵⁵.

Se debe destacar que el parlamento de las Islas Baleares (región autónoma de España) aprobó en 2007, por primera vez en el mundo, una legislación que otorga derechos legales a todos los grandes simios⁵⁶.

⁵¹ Vid. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, <https://www.mapa.gob.es/es/ganaderia/temas/produccion-y-mercados-ganaderos/bienestanimal/aspectos-generales/>.

⁵² Vid. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-1337.

⁵³ Vid. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DP-2024-118.

⁵⁴ Vid. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>.

⁵⁵ Sobre este tema se puede profundizar en CUERVO NIETO, Cecilia: «La explotación sexual de animales en el Código Penal español: análisis y consideraciones». En: *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*. N.º 7. Cádiz, 2023, pp. 213 y ss.

⁵⁶ Vid. *La lucha por los derechos jurídicos de los familiares más cercanos a los humanos*, <https://es.mongabay.com/2020/04/personeria-de-primates-y-simios/#:~:text=En%202007%2C%20el%20parlamento%20de,a%20todos%20los%20grandes%20simios>.

También se puede observar que, en España, se reconoce la «sintiencia animal» en la Ley 17/2021⁵⁷, en la que cambió la condición de los animales de objetos a seres sintientes y miembros de la familia potenciales en un rango de diferentes situaciones; de este modo, las mascotas y animales de compañía ya no pueden ser decomisados por el no pago de deudas, ya que, como seres sintientes, ahora se les reconoce y valora su derecho a estar libres de angustia.

De hecho, se debe tomar en consideración el juicio de Leben, en el cual un tribunal de Falset ubicado en la región de Tarragona, España, en el año 2018, decidió acerca de la custodia de una mascota objeto de disputa de sus amos luego del divorcio entre ellos, tratándose del primer juicio que se realizó luego de la aprobación de la Ley que permitió modificar el Código Civil para que los animales pasaren de ser considerados cosas o bienes muebles a ser seres vivos dotados de sensibilidad, por lo que se debió establecer un régimen de guarda, custodia y visitas, lo cual, en otros juicios posteriores, llegó a que se acordase pensiones⁵⁸ e incluso una indemnización de daños morales⁵⁹, sin que pese mucho quién figura como su propietario, lo cual podría llevar a que tampoco se le tenga como una mascota⁶⁰.

⁵⁷ Vid. «¿Qué dice la Ley de Bienestar Animal sobre los animals domésticos?», https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-animal/como-te-afecta-la-nueva-ley-espanola-de-bienestar-animal-si-tienes-o-quieres-tener-mascotas_19503.

⁵⁸ Vid. «¿Cuánto vale para los jueces y tribunales en España la vida o salud de nuestra mascota?», <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-animales/cuanto-vale-para-los-jueces-y-tribunales-en-espana-la-vida-o-la-salud-de-nuestra-mascota/>.

⁵⁹ Vid. «La sentencia de divorcio que fijó una pensión de 40 euros al mes para la mascota que se quedó al cuidado de la mujer», <https://www.infobae.com/espana/2024/04/09/la-sentencia-de-divorcio-que-fijo-una-pension-de-40-euros-al-mes-para-la-mascota-que-se-quedo-al-cuidado-de-la-mujer/>.

⁶⁰ Vid. «Custodia Leben, primer juicio», https://www.abc.es/sociedad/abci-custodia-leben-primer-juicio-201801172147_noticia.html. ASENJO, Isaac: «La custodia de Leben, el primer juicio en España por el futuro de una mascota», <https://www.elcorreo.com/sociedad/custodia-leben-primer-20180118112851-ntrc.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.elcorreo.com%2Fsociedad%2Fcustodia-leben-primer-20180118112851-ntrc.html>.

Francia fue uno de los primeros países en la protección animal, cuando en la Ley de Protección de la Naturaleza de 1976 algunos animales fueron designados como seres sintientes, la cual abrigó a aquellos animales que tienen lazos cercanos con humanos, específicamente animales de compañía o mascotas, animales domesticados y de granja, animales en laboratorios y para propósitos científicos y animales silvestres mantenidos en cautiverio. Posteriormente, siguió avanzando y en el año 2015, con la reforma del Código Civil⁶¹, cambió la clasificación de animales de «bienes muebles» a «seres vivos dotados de sintiencia», pero continúa excluyendo a los animales silvestres, los animales domesticados sin dueño y todos los invertebrados, a los cuales se les siguen considerando como bienes muebles.

Así, se puede observar que, en Francia, diversas normas ya establecían la protección legal de los animales y las condiciones para su tenencia, pero una ley del año 2021 estipuló como algo novedoso la aplicación de un «certificado de compromiso y conocimiento» obligatorio para los adquirentes de animales de compañía, estableciéndose delitos y penas con relación a las mascotas por maltrato y abandono animal⁶².

De esta manera este cambio que se generó en Francia, en 2015, donde se modificó el estatus legal de los animales, pasando de ser propiedad personal a ser seres sintientes⁶³, tuvo un efecto en otros lares, en cuanto a ese cambio de concepto, donde entrarían también la provincia de Quebec, en Canadá⁶⁴, y España⁶⁵.

⁶¹ Vid. <https://shs.hal.science/halshs-01385107/document>.

⁶² Vid. «Legislación internacional y francesa sobre protección de los animales de compañía», https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/33483/1/BCN_proteccion_de_los_animales_de_compania_legislacion_internacional_y_francesa_2022_VF.pdf. Acá se podrá conseguir de manera más extensa la legislación francesa que regula esta materia.

⁶³ «*Les animaux ne sont plus des "meubles"*», <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/04/15/01016-20140415ARTFIG00355-les-animaux-ne-sont-plus-des-meubles.php>.

⁶⁴ Vid. *New bill aimed at modifying the legal status of animals announced*, <https://web.archive.org/web/20141214165247/http://www.sPCA.com/?p=9751&lang=en>.

⁶⁵ En España se modificó el estatus legal de los animales, dejando de ser considerados como propiedad personal a ser reconocidos como «seres sintientes» y con ello como

Se puede destacar también que, en los Países Bajos, para 2019, se convirtió en el primer país sin perros callejeros en el mundo⁶⁶.

En el Reino Unido, los animales tenían algunas protecciones bajo la legislación anterior en la Ley de Protección de Animales de 1911 y la Ley de Bienestar Animal de 2008, que impedían maneras específicas de dañar animales, incluidas las peleas y provocación de animales; también establecían un deber de cuidado de los dueños y cualquier persona responsable del bienestar de un animal, pero ninguna de estas normas reconocía verdaderamente que los animales son sintientes y que sus experiencias son válidas por derecho propio. Ya más recientemente aprobó una Ley de Bienestar (Sintiencia) Animal en abril del 2022⁶⁷, de alta calidad por reconocer que todos los animales vertebrados (y una considerable selección de invertebrados) son sintientes y que existe una obligación moral para proteger su bienestar, así como establece que también se requiere que la sintiencia y bienestar animal sean considerados cuando las leyes son redactadas o modificadas.

Es así como el Reino Unido fue pionero en el resguardo legal de los derechos de los animales cuando aprobó la Ley de Tratamiento Cruel del Ganado (*Cruel Treatment of Cattle Act*) de 1822⁶⁸ y las normativas promulgadas en 1835 y 1849⁶⁹. Por otra parte, también está la Ley de Crueldad contra los

seres vivos dotados de sensibilidad y no como meras cosas. Este cambio se concretó con la aprobación de la Ley 17/2021, que modificó el Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, trayendo como consecuencia que los animales ya no pueden ser embargados, hipotecados, ni se pueden tener en cuenta como bienes en procesos de separación o divorcio. Además, se han establecido regímenes de custodia y visita para los animales en caso de separación o divorcio, así como protección para ellos en casos de violencia doméstica o de género. Se busca garantizar el bienestar de los animales, reconociendo su capacidad para sentir y experimentar emociones.

⁶⁶ Vid. <https://www.lavanguardia.com/vida/20160717/403278953397/holanda-primer-pais-sin-perros-callejeros.html>.

⁶⁷ Vid. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/22/enacted>.

⁶⁸ Vid. «1835: 5 & 6 William 4 c.59: *Cruelty to Animals Act*», <https://statutes.org.uk/site/the-statutes/nineteenth-century/1822-3-george-4-c-71-cruel-treatment-of-cattle-act/>.

⁶⁹ ORTIZ-ROBLE, Mario: «*Animal Acts: 1822, 1835, 1849, 1850, 1854, 1876, 1900*», https://branchcollective.org/?ps_articles=mario-ortiz-robles-animal-acts-1822-1835-1849-1850-1854-1876-1900.

Animales de 1835⁷⁰ en la que se incluyó dentro de la categoría «ganado» a otros animales, con el objetivo de extender a perros, osos, toros y ovejas la protección legal establecida para el vacuno trece años antes.

Para 1849, se modificó la legislación británica, al derogar las dos leyes anteriores y dictar la Ley para una Prevención más Eficaz de la Crueldad hacia los Animales (*An Act for the More Effectual Prevention of Cruelty to Animals*)⁷¹, conocida también como Ley de Crueldad contra los Animales, en la que se reiteraba la sanción al maltrato y agresión contra los animales, agregando multas en dinero para quienes incurrieran en la falta.

En 1876, se modificó la *Cruelty to Animals Act*⁷², posteriormente reemplazada por la Ley de Protección de los Animales de 1911⁷³, que se puede considerar como la ley que dio origen a la legislación de bienestar animal o *Animal Welfare*⁷⁴, como postura que plantea que es aceptable que el ser humano, en una posición privilegiada ante los demás animales, pueda usarlos para los fines que estime conveniente (alimentación, vestimenta, entretenimiento y experimentación), mientras que ello no implique un sufrimiento innecesario para el animal. Esto guarda relación con la Declaración Universal sobre Bienestar Animal de la ONU⁷⁵, que es respaldada por varias naciones y que reconoce la capacidad de sentir y sufrir de los animales, junto con el respeto y consideración que ellos merecen. No obstante, se critica que esta Ley de 1911 no se deslinda de la idea de propiedad sobre los animales, impi-

⁷⁰ Vid. «1822: 3 George 4 c.71: *Cruel Treatment of Cattle Act*», <https://statutes.org.uk/site/the-statutes/nineteenth-century/1835-5-6-william-4-c-59-cruelty-to-animals-act/>.

⁷¹ Vid. *Anno Regni Victori, Britanniarum Regni, Duodecimo & Decimo Tertio. An Act for the more effectual Prevention of Cruelty to Animals*. <https://vlex.co.uk/vid/cruelty-to-animals-act-808443629>.

⁷² Vid. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1876/77/pdfs/ukpga_18760077_en.pdf.

⁷³ Vid. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1911/27/pdfs/ukpga_19110027_en.pdf.

⁷⁴ Vid. <https://www.animallaw.info/article/legislaci%C3%B3n-inglesa-y-norteamericana-derecho-animal-0>.

⁷⁵ Vid. <https://www.uniamazonia.edu.co>.

diendo una protección real y efectiva a los animales, aunque la concepción de bienestar animal es entendida como una propuesta bioética en defensa y consideración de los animales como una conducta correcta de los seres humanos hacia la vida y el medio ambiente. La Ley de 1911, con algunas modificaciones menores se mantuvo vigente hasta el año 2006, sin perjuicio de iniciativas gubernamentales tendientes a la defensa de los derechos animales dentro del Reino Unido.

En la década de 1960, el profesor Roger BRAMBELL llevó a cabo una investigación sobre el bienestar de los animales en la cría intensiva de ganado⁷⁶, que llevó a que el Gobierno inglés creara el Concilio sobre el Bienestar de los Animales de Granja en 1979⁷⁷, que formuló unas directrices y recomendaciones que permitió se dictaran los llamados *Five Freedoms* o Cinco libertades de los animales, las cuales son: i. estar libres de sed y hambre, con acceso a agua fresca y una dieta saludable y vigorosa; ii. estar libres de incomodidad, proporcionándoles un entorno adecuado incluyendo un techo y un área cómoda de descanso; iii. estar libres de dolor, lesiones y enfermedad, por la prevención o diagnóstico rápido y tratamiento; iv. tener la libertad de expresar un comportamiento normal, proporcionando suficiente espacio, facilidades y compañía de los animales de su especie; y v. estar libres de miedo y angustia, asegurándoseles condiciones y tratamientos que eviten el sufrimiento mental⁷⁸.

Por último, se debe ver la legislación general que versa sobre el Bienestar de los Animales de Granja del año 2000⁷⁹, que se refiere a cualquier animal de granja y que es criado con fines productivos, lo cual llevó a la aprobación de la *Animal Welfare Act* (AWA) de 2006⁸⁰, que hace extensible los derechos de protección a los animales vertebrados distintos al ser humano; en

⁷⁶ Vid. <http://veterinos.com/es/las-cinco-libertades-decalogo-bienestar-animal/>.

⁷⁷ Vid. *Farm Animal Welfare Council*, <https://www.cabidigitallibrary.org/doi/pdf/10.5555/20113241271>.

⁷⁸ FRANCIONE, Gary L.: «*Animals, property, and the law*», <http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/13053/1/117.pdf>.

⁷⁹ Vid. «*Farm Animals and Their Welfare in 2000*», https://www.wellbeingintlstudies-repository.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=sota_2001.

⁸⁰ Vid. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/contents>.

particular, a los animales domésticos o los que están bajo el dominio del hombre. Sobre toda esta legislación se critica que superponen la supremacía humana en cuanto a propiedad sobre los animales y la exigencia de poseer columna vertebral como requisitos para que una criatura sea objeto de derechos⁸¹.

En una corte de Estados Unidos el 4 de diciembre de 2014, se rechazó una petición de *habeas corpus* interpuesta por la organización *NonHuman Rights Project*, para liberar al chimpancé Tommy, que es propiedad de un particular en Nueva York, argumentándose que no se trata de una «persona» y, por ende, no tiene los derechos y protecciones de las mismas. Esta demanda no se basaba en la denuncia de las condiciones en las que vivía el animal, sino que se reclamaba que se le aplicara al chimpancé la normativa de *habeas corpus* creada para evitar el arresto o detención arbitraria de personas, ya que las condiciones de vida son semejantes a una persona en régimen de aislamiento ilegal, sobre todo al tratarse de animales con cualidades humanas que merecen derechos fundamentales, incluida la libertad de la prisión⁸².

El tribunal estimó que no existían precedentes ni bases legales para el tratamiento de los animales como personas, entendiendo como «persona» a cualquier ser al que la ley considera susceptibles de derechos y deberes, siendo que los chimpancés no pueden soportar ningún deber legal, someterse a las responsabilidades sociales o ser considerada legalmente responsable de sus acciones⁸³.

Por otra parte, los Estados Unidos, actualmente no tiene ninguna regulación sobre sintiencia animal a nivel federal. Aunque alguna legislación limitada, en algunos estados, sí reconoce que los animales son capaces de experimentar dolor y sufrimiento, otros estados tienen leyes que hablan tanto del sufrimiento físico como psicológico de los animales y establecen reglamentos y límites en cuanto a cómo y cuándo esto es permitido. En total 46 estados

⁸¹ *Vid.* «Pet abuse law shake-up unveiled», http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/4339406.stm.

⁸² *Vid.* <http://www.lavanguardia.com/natural/20141205/54420551006/tribunal-eeu-niega-derecho-libertad-chimpance-tommy.html>.

⁸³ Ídem.

consideran al menos algunos actos de crueldad como delitos, con lo cual, se puede decir que la posición legal en general es que son considerados propiedad en vez de seres sintientes por derecho propio⁸⁴.

En este sentido, podemos observar que en los Estados Unidos el 16 de diciembre de 2018, el estado de Nueva Jersey fue el primer estado de dicho país en prohibir los actos ambulantes de animales silvestres; cuando se introdujo «La Ley Nosey» por el senador Raymond Lesniak, en la que se prohibía el uso de animales silvestres o exóticos en actos ambulantes; siendo aprobada la Ley por el Senado de forma unánime en el cierre de la sesión legislativa de 2017, quedando para su aprobación por parte del gobernador Chris Christie. El nombre de esta Ley es en honor a una elefanta llamada Nosey, cuya libertad fue objeto de un litigio intenso entre las autoridades y el infame manejador de animales, siendo rescatada estando coja, encadenada con grilletes apretados, confinada en sus propios desechos y sin refugio apropiado, para luego llevarla a vivir en un santuario de animales mientras se esperaba la decisión judicial que se dictó el 22 de enero de 2018⁸⁵.

En Estados Unidos, en 1867 se promulgó el primer estatuto importante sobre protección animal, titulado Ley para la prevención más eficaz de la crueldad hacia los animales o *The Animal Welfare Act* (AWA). Esta ley estableció el derecho de incriminar y hacer cumplir la protección frente a la crueldad animal⁸⁶. Esta Ley ha tenido varias revisiones para adaptarse a los tiempos actuales estado por estado, que desde el principio reguló la negligencia animal, el abandono, la tortura, la lucha, el transporte, los estándares de confiscación y los estándares de licencia.

⁸⁴ Vid. <https://flemingattorneys.com/dog-bite/animal-cruelty/>.

⁸⁵ Vid. <https://www.petalatino.com/blog/estamos-ganando-nueva-jersey-es-el-primer-estado-en-prohibir-los-actos-ambulantes-de-animales-silvestres/>; igualmente se puede ver: <https://www.infobae.com/america/eeuu/2018/12/18/nueva-jersey-se-convirtio-en-el-primer-estado-de-eeuu-que-prohibe-la-explotacion-de-animales-en-circos-ferias-y-espectaculos/>.

⁸⁶ Vid. *Animal Welfare: An Overview*, <https://nationalaglawcenter.org/overview/animalwelfare/>; y *The History of Animal Protection in the United States*, <https://www.oah.org/tah/november-2/the-history-of-animal-protection-in-the-united-states/>.

En este país, los movimientos por los derechos de los animales comenzaron a fines del siglo XIX, influyendo en algunas de las leyes que dieron forma a la manera en que los animales serían tratados por la industria; simultáneamente Richard Ryder estaba trayendo la noción de «especismo» a la conversación⁸⁷. Todo esto buscaba que la legislación cambiase el bienestar animal en la industria y la ciencia.

Para 1958 se aprobaron varios proyectos de ley, como la Ley de Métodos Humanitarios de Sacrificio o *Humane Methods of Slaughter Act*⁸⁸, que buscó aliviar en parte el sufrimiento del ganado durante su sacrificio; luego se dictó la Ley de Bienestar Animal de 1966⁸⁹ y que fuera diseñada para establecer regulaciones y supervisiones más estrictas en relación con el manejo de los animales empleados en experimentos de laboratorio y exhibición, teniendo varias enmiendas y ampliaciones, pasando de hacer referencia únicamente a perros, gatos y algunos mamíferos, para luego incluir a todos los animales que fueran utilizados en experimentos.

De esta manera, la *Animal Welfare Act* se modificó en 1970, 1976, 1985, 1990, 2002 y 2007⁹⁰, estableciendo que todos los animales usados para experimentación deben haber sido obtenidos legalmente; que las instituciones científicas deben disponer de instrucciones y una administración que efectúe tareas de control en el entorno, uso y cuidado de animales; que los experimentos que usen animales vivos deben llevarse a cabo o encontrarse directamente supervisados por un veterinario especialista; que deben ser tratados de manera adecuada, alimentándolos, y mantenidos bajo determinadas condiciones de higiene; que los experimentos que puedan causar dolor o sufrimiento deben efectuarse con anestesia con el fin de evitar dolores innecesarios (a no ser que el hecho de que se establezca anestesia invalide el

⁸⁷ Vid. «*Animal Revolution. Changing Attitudes Towards Speciesism*», <https://web.archive.org/web/20170625153328/http://www.bloomsbury.com/uk/animal-revolution-9781859733257>.

⁸⁸ Vid. <https://www.nal.usda.gov/animal-health-and-welfare/humane-methods-slaughter-act>.

⁸⁹ Vid. <https://www.nal.usda.gov/animal-health-and-welfare/animal-welfare-act>.

⁹⁰ Ídem.

propósito experimental); que si finalizado el proceso experimental agudo no se requiere la supervivencia del animal, este debe ser sacrificado por procedimientos con el mínimo sufrimiento y con efecto inmediato, debiéndose constatar la muerte del animal antes de deshacerse del mismo; que si se requiere la supervivencia del animal, el comité científico del centro donde se desarrolle el experimento ha de supervisar la evolución del proceso y dictar en cada caso las normas a seguir para controlar el estado y la evolución del animal tratado.

Estados Unidos fue uno de los países que propuso modificar el estatus de los animales de «propiedad», incorporando los derechos de los animales; además, en algunas de sus universidades dictan cátedras de Bioética, y Derecho Animal, tales como Harvard y Georgetown. De hecho, es el único país en el que existen bufetes de abogados que se ocupan de la defensa de los derechos de los animales⁹¹.

De otro lado, Nueva Zelanda reconoce también a los animales como sintientes, sobre todo cuando en el 2013 dio el primer paso con la Estrategia de Bienestar Animal⁹², lo cual posteriormente fue incluido en la legislación con el Proyecto de reforma de Bienestar Animal de 2015 y cuya última reforma es de septiembre de 2022⁹³. Esta normativa, además de reconocer la sintiencia animal, incluye las consecuencias lógicas de este reconocimiento, como que los seres humanos deben «atender debidamente» los animales para su bienestar.

En cuanto a Canadá, dependiendo de la región, cambia la manera de respetarla. Por ejemplo, hay algunas referencias limitadas sobre el dolor, el

⁹¹ Vid. «*Best Animal Law Lawyers in United States*», <https://lawzana.com/animal-law-lawyers/united-states>.

⁹² Vid. «*Animal welfare matters, New Zeland Animal Welfare Strategy*», <https://www.mpi.govt.nz/dmsdocument/3963-Animal-Welfare-Matters-New-Zeland-Animal-Welfare-Strategy>.

⁹³ Vid. <https://bills.parliament.nz/v/6/48acf00e-7be2-415e-8b98-a672cb6ac70a?Tab=history>.

sufrimiento y la angustia en el Código Penal canadiense⁹⁴, pero sin referencias explícitas a la sintiencia animal, ya que este asunto ha sido en gran medida delegado a las provincias y territorios individuales de Canadá. Sin embargo, algunas provincias, como Quebec, con la Ley 54 o *Act to improve the legal situation of animals* de 2016, afirma que «Los animales no son cosas. Son seres sintientes y tienen necesidades biológicas»⁹⁵, aunque esta Ley no es perfecta, ya que, a pesar de que se debe satisfacer las necesidades biológicas de los animales domésticos de compañía, los animales de granja deben mantenerse «de conformidad con las reglas generalmente reconocidas». No obstante, existe un reconocimiento de la sintiencia animal en la jurisprudencia, a pesar de haber situaciones donde parece estar ausente de la legislación principal⁹⁶.

En otras partes de América: Perú también ha incluido la sintiencia animal como un principio en su legislación de bienestar y protección animal cuando se dictó la Ley de Protección y Bienestar Animal o Ley N.º 30 407 en el 2016⁹⁷, siendo clara en cuanto a la condición de los animales como seres sintientes y su bienestar; de hecho, el artículo 14 de dicha Ley establece que «todas las especies de animales vertebrados domésticos y silvestres que se mantienen en cautiverio son seres sintientes». Esto significa un reconocimiento inequívoco de su condición, sobre todo cuando se observa también lo que dice el artículo 1 respecto a que «el Estado establece las condiciones necesarias para suministrar protección a las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres y para reconocerlos como animales sintientes, los cuales merecen disfrutar de buenos tratos de parte de los seres humanos y vivir en armonía con su medio ambiente», con esto se va más allá de la mayoría de países, que principalmente buscan prohibir el maltrato, estableciendo el derecho a buenos tratos.

⁹⁴ *Vid. Criminal Code*, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/>.

⁹⁵ *Vid. Bill 54, An Act to improve the legal situation of animals*, <https://www.assnat.qc.ca/en/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-54-41-1.html?appellant=MC>.

⁹⁶ *Vid.* <https://caselaw.npcac.ca/r-v-chen-2021-abca-382/>.

⁹⁷ *Vid.* Ley N.º 30 407, Ley de Protección y Bienestar Animal, <https://faolex.fao.org/docs/pdf/per157968.pdf>.

De igual forma, Perú persigue y castiga el maltrato animal, en específico de los canes, en la Ley de Protección y Bienestar Animal, donde sanciona la crueldad, el abandono y la muerte de animales domésticos y silvestres, como el abandono en la vía pública, la utilización de animales en espectáculos de entretenimiento público o privado en el que se les obligue o condicione a realizar actividades que no sean compatibles con su comportamiento natural o se afecte su integridad física y bienestar, efectuar amputaciones quirúrgicas o cirugías consideradas innecesarias, entre otros aspectos. No obstante, la norma excluye a corridas de toros y peleas de gallos. Esta Ley se aplicó en octubre de ese mismo año, produciéndose la primera condena por maltrato animal, a un docente por golpear a un perro y dejarlo al borde de la muerte. Por otra parte, el Octavo Juzgado Unipersonal de Chiclayo también ordenó que pagase una reparación civil e inhabilitó a una persona para tener mascotas⁹⁸.

En Argentina, la Ley Federal 14 346⁹⁹ protege a los animales del maltrato y la crueldad del hombre, siendo que señala en sus artículos 1 y 2 los actos constitutivos de maltrato y crueldad animal; igualmente existen otras leyes federales, como el Código Penal y otras provinciales¹⁰⁰.

También en Argentina se interpuso en el año 2016, por ante el Tercer Juzgado de Garantías de la provincia de Mendoza, una pretensión de *habeas corpus* a favor de la chimpancé de nombre Cecilia, ante lo que se alegaba que estaba privada ilegítimamente y arbitrariamente de su derecho a la libertad ambulatoria y a una vida digna por parte de autoridades del zoológico de la ciudad de Mendoza, estando su estado de salud físico y psíquico profundamente deteriorado y empeorado día a día con riesgo de muerte, por lo que era deber del Estado ordenar la libertad inmediata de esa «persona no humana», que no es una cosa y, en consecuencia, no sujeta al régimen jurídico de la propiedad

⁹⁸ Vid. «Maltrato animal: ¿qué dice la Ley 30 407 que envía a la cárcel a agresores?», <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/maltrato-animal-dice-ley-30407-envia-carcel-agresores-noticia-ecpm-618120-noticia/#:~:text=La%20ley%20establece%20que%20quien,para%20la%20tenencia%20de%20animales>.

⁹⁹ Vid. <https://www.argentina.gob.ar>.

¹⁰⁰ Para ver la amplitud de la normativa argentina se puede consultar: «Leyes argentinas sobre derechos de los animales», <https://www.animanaturalis.org/p/1387>.

donde cualquier persona puede tener el poder de disposición sobre ella¹⁰¹. Dicho tribunal decidió que:

i. Hacer lugar a la acción de *habeas corpus* interpuesta (...) ii. Declarar a la chimpancé Cecilia, actualmente alojada en el zoológico de la provincia de Mendoza, sujeto de derecho no humano. iii. Disponer el traslado del chimpancé Cecilia al Santuario de Sorocaba, ubicado en la República del Brasil el que deberá efectuarse antes del inicio del otoño, conforme lo acordado por las partes...¹⁰²

Igualmente, en Argentina, un tribunal en el año 2014, luego de que unos activistas por los derechos de los animales interpusieran un *habeas corpus*, reconoció que un orangután, que nació en cautiverio en Alemania y de nombre Sandra, podía ser liberada de su encerramiento en el zoológico de Buenos Aires y llevada a un santuario luego de que reconociera que la primate es un «sujeto no humano» privada ilegalmente de su libertad¹⁰³.

Esta sentencia, según la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA), es un hito en dicho país que puede abrir el camino a más demandas a favor de todo tipo de animales en zoológicos, circos, parques acuáticos y centros de experimentación, sobre todo al reconocer que el simio tiene funciones cognitivas suficientes como para no ser tratado como un objeto y, que, por lo tanto, merece derechos humanos básicos como un «sujeto no humano»¹⁰⁴.

¹⁰¹ Vid. <http://www.projetogap.org.br/wp-content/uploads/2016/11/329931683-habeas-corpus-cecilia.pdf>.

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ Vid. <http://www.lapatilla.com/site/2014/12/21/orangutan-cautivo-tiene-derecho-humano-a-la-libertad-decide-la-corte/>. Esta sentencia fue apelada y se espera por la decisión del tribunal superior. Caso Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros c. GCBA s. Amparo, expediente A2174-2015/0, luego la apelación fue resuelta en Orangutana Sandra s/ rec. de casación s/ *habeas corpus*, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, expediente N.º 2603/14, considerando 2.

¹⁰⁴ Vid. <http://www.lapatilla.com/site/2014/12/21/orangutan-cautivo-tiene-derecho-humano-a-la-libertad-decide-la-corte/>.

En Brasil, el artículo 225, párrafo 1, inciso vii, de la Constitución Política de 1988¹⁰⁵, establece la prohibición de la crueldad contra los animales: «Para asegurar la efectividad de este derecho, incumbe al Poder Público: (...) proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su función ecológica que provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a la crueldad».

Por su parte, en Chile, existe la Ley sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía, conocida por el vulgo «Ley Cholito», vigente para todo el territorio chileno, estableciendo obligaciones y derechos a quienes poseen mascotas, como velar por el bienestar animal, establece control sobre los animales abandonados, y regula la responsabilidad legal cuando ocurran ataques de mascotas¹⁰⁶. Esta Ley entró como una moción parlamentaria en el 2009, teniendo su paso por el Tribunal Constitucional para posteriormente ser aprobada por el Senado el 30 de julio de 2017 y, finalmente, ser publicada en el *Diario Oficial* el 2 de agosto de 2017¹⁰⁷. Uno de los aspectos más relevantes de esta Ley es una definición en términos legales que permite tratar a los animales como organismos que poseen derechos, regular los criaderos de mascotas, generar la reflexión ética a nivel social del impacto que es poseer una mascota¹⁰⁸, el registro de las mascotas por medio de un microchip que vincula al animal con un dueño legal¹⁰⁹, entre otros.

En Colombia, está la Ley 84 de 1989¹¹⁰, conocida como el «Estatuto Nacional de Protección Animal», teniendo varios avances en el ámbito legislativo para proteger a los animales, como la Ley 1638 de 2013¹¹¹, que prohíbe el uso de animales

¹⁰⁵ Vid. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/11795>.

¹⁰⁶ Vid. https://www.cnnchile.com/pais/ley-cholito-tenencia-responsable-mascotas-6-dudas_20190212/.

¹⁰⁷ Vid. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6387/>.

¹⁰⁸ Vid. «Esta Ley trae un nuevo paradigma ético para los dueños de animales, ese es el desafío», <https://uchile.cl/noticias/152286/entrevista-a-rodrigo-morales-por-ley-de-tenencia-responsable>.

¹⁰⁹ Vid. https://www.cnnchile.com/pais/ley-cholito-tenencia-responsable-mascotas-6-dudas_20190212/.

¹¹⁰ Vid. <https://www.funcionpublica.gov.co>.

¹¹¹ Vid. <https://www.anla.gov.co>.

silvestres en los circos¹¹². También, está la Ley 1774 de 2016¹¹³, que efectuó unas reformas al Código Civil en donde expresa que los animales no son cosas y penaliza el maltrato animal, castigando a quien maltrate gravemente o dé muerte a un animal con años de prisión y multa. También existe la Ley 2047 de 2020, que prohíbe el testeo en animales con fines cosméticos¹¹⁴. Igualmente, la Corte Constitucional de Colombia prohíbe la caza de animales con fines deportivos.

También, para el 6 de octubre de 2023, la Sala Mixta del Tribunal Superior de Bogotá estableció que los animales pueden formar parte de la familia humana y reconoció la existencia de la familia «multiespecie»¹¹⁵.

Otro país para comentar es Costa Rica, que posee la Ley de Bienestar de los Animales de 1994¹¹⁶, aunque ya había prohibido las peleas de gallos desde 1922¹¹⁷ e incluyó el maltrato a los animales en su Código Penal¹¹⁸ aunque sea solo como una contravención, por lo que es castigado con multas y no con cárcel. También existe el Decreto presidencial N.º 30 580 que prohibió desde el 2002¹¹⁹ el ingreso al país de circos con animales¹²⁰. Por su parte, la Asamblea Legislativa aprobó en 2012 la Ley de Conservación de Vida Silvestre¹²¹, y en 2014 aprobó la Ley contra las Peleas de Caninos¹²², que castiga con

¹¹² Vid. <https://www.funcionpublica.gov.co>.

¹¹³ Vid. <https://dapre.presidencia.gov.co>.

¹¹⁴ Vid. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30039697>.

¹¹⁵ Vid. «Las mascotas sí se consideran hijos en Colombia. Conoce la historia de Simona», <https://www.abint.com.ve/web/?cat=1>.

¹¹⁶ Vid. <https://web.archive.org/web/20141210173553/http://feriacientifica.ucr.ac.cr/sites/default/files/DESCARGAS/LeyBienestarAnimal.pdf>.

¹¹⁷ Vid. «Advierten que peleas de gallos son un riesgo de gripe aviaria», https://web.archive.org/web/20110812005704/http://www.aldia.cr/ad_ee/2009/mayo/19/nacionales1968359.html, y «Prohibición de las galleras», <https://www.nacion.com/archivo/prohibicion-de-las-galleras/2VKWX5C4ZNAYNKWNRWPZSWTKHM/story/>.

¹¹⁸ Vid. <http://www.pgrweb.go.cr>.

¹¹⁹ Ídem.

¹²⁰ Vid. «Costa Rica prohíbe presentación de animales en circos», <https://www.emol.com/noticias/internacional/2002/07/09/89660/costa-rica-prohibe-presentacion-de-animales-en-circos.html>.

¹²¹ Vid. <http://www.pgrweb.go.cr>.

¹²² Ídem.

hasta tres años de cárcel el organizar peleas de perros e incluso hace ilegal la tenencia de instrumentos utilizados para estas actividades. Actualmente se discute en el Parlamento la Ley de Bienestar Animal, la cual, entre otras cosas, castigaría con prisión la crueldad hacia los animales.

La Secretaría Nacional de Salud Animal es una institución costarricense dependiente del Estado, adscrita al Ministerio de Agricultura y Ganadería, encargada de velar por el cumplimiento de las leyes de protección a los animales en coordinación con la Fuerza Pública.

El 26 de julio de 2016, el maltrato animal deja de ser una contravención, ya que fue aprobado por la Asamblea Legislativa la Ley contra el Maltrato Animal. Esta indica que se puede imponer prisión de seis meses a dos años a quien cause daño a un animal.

En México, a nivel federal, no existe una ley general de protección animal, pero hay disposiciones en diversas normas, como la Ley General de Vida Silvestre¹²³, que regula la protección de animales silvestres y su hábitat, prohibiendo su maltrato, captura ilegal y comercio no autorizado; por lo tanto, prohíbe el uso de animales silvestres, tales como felinos, elefantes o primates, en espectáculos en todo el país, particularmente en circos, modificando algunos artículos de las leyes generales de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y de Vida Silvestre para establecer expresamente la prohibición de que los circos usen animales silvestres. De este modo, se obligó a los dueños de los circos a reubicar a los animales usados en los espectáculos, aunque la nueva Ley no contempló la creación de refugios para los animales ya existentes en los circos, ni obligaba a las instituciones gubernamentales a protegerlos.

Está igualmente la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente,¹²⁴ donde se establecen medidas para la conservación de la biodiversidad y el bienestar animal en relación con el medio ambiente; y el Código

¹²³ *Vid.* https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/146_200521.pdf.

¹²⁴ *Vid.* <https://www.gob.mx/profepa/documentos/ley-general-del-equilibrio-ecologico-y-la-proteccion-al-ambiente-63043>.

Penal Federal¹²⁵ en el que se tipifica como delito el maltrato y crueldad hacia los animales silvestres, considerando penas de prisión y multas.

En la Ciudad de México, entró en vigor la Ley contra maltrato animal a partir del primero de febrero del 2013, la cual estipula que se podría castigar a las personas que maltraten a algún animal doméstico o silvestre con penas de hasta cuatro años de cárcel y con multas de hasta 400 salarios mínimos, siendo su última reforma del 2023¹²⁶. Esta Ley indica que se adiciona un capítulo IV, denominado «delitos cometidos por actos de maltrato o crueldad contra animales no humanos», con los artículos 350 *bis* y 350 *ter* del Código Penal Federal, en donde se determinan las acciones por maltrato y homicidio de animales no humanos.

El artículo 350 *bis* establece penas de seis meses a dos años de prisión para las personas que hayan efectuado actos de maltrato o crueldad animal y que causen lesiones evidentes en él, sin poner en riesgo su vida, y en caso de que las lesiones pongan en riesgo la vida del animal, la pena aumenta un año más. Igualmente, el artículo 350 indica que la muerte de un animal, producto de actos crueles o maltratos, se castigará con dos a cuatro años de cárcel y una multa de 200 a 400 días de salario, y si, además, se utilizan métodos que provoquen un sufrimiento mayor, las penas aumentan dos años más.

Por su parte, el Código Penal especifica en el artículo 54 que los animales rescatados deben ser llevados a albergues o lugares donde se les asegure su cuidado y que las asociaciones protectoras de animales pueden solicitar ante el Ministerio Público la custodia de los maltratados.

De esta manera, y ante la generalidad de estas disposiciones legales, se abrió el camino para que cualquier persona pueda interponer una denuncia contra el maltrato a los toros de lidia, animales de rastro, de circo e incluso de los

¹²⁵ *Vid.* <https://www.gob.mx/senasica/documentos/codigo-penal-federal-298851?state=published>.

¹²⁶ *Vid.* <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/19078e2d6b6bd459d8636cb980f5f1d8fb6a1647.pdf>.

zoológicos, siendo que a los toros de lidia se les califican como animales domésticos, porque se les crían con un fin en específico, es decir con un fin zootécnico¹²⁷.

Por lo tanto, la penalización se aplica cuando se efectúe maltrato a un organismo vivo no humano, con movilidad propia, capacidad de respuesta a los estímulos del medio ambiente y sensible, que no constituya una plaga; patear, pegar, quemar, ahogar, colgar, envenenar, balear y mutilar están considerados dentro del margen de maltrato; no pudiendo estar dentro del concepto de plaga los perros callejeros.

También, en el Distrito Federal existe el Consejo Consultivo Ciudadano para la Atención y Bienestar de los Animales y en la Policía capitalina, la Brigada de Vigilancia Animal, quienes están encargados de cuidar tanto a la ciudadanía como a los animales; pudiendo atender denuncias de maltrato hacia los animales, rescatar animales de vías principales y de alta velocidad para evitar que sean lastimados o causen algún accidente automovilístico, entre otras actividades.

En este mismo sentido y tendencia, en otros estados de México, varios estados reformaron su Código Penal para tipificar como delito todo tipo de crueldad hacia los animales, estableciendo sanciones, como el Distrito Federal, Colima, Jalisco, Puebla, Veracruz, San Luis Potosí, Yucatán y Guanajuato, colocando castigos económicos, de trabajo comunitario y de prisión, aunque aún quedan muchas entidades federativas sin regulación sobre este tema.

Más recientemente en México, se debe destacar que la Suprema Corte de México ordenó, el 26 de febrero de 2025, a un zoológico que mejorara la salud y condición física de una elefanta africana llamada Ely, siendo la primera vez que dicho tribunal toma una medida de este tipo a favor de un animal, además de confirmar la orden de una corte inferior que en el 2024 había sentenciado

¹²⁷ Tal sería el caso de los cerdos o las vacas que se crían con un fin alimenticio, otros animales que se crían para su reproducción, y los toros de lidia que son criados para la fiesta brava.

a favor del animal, lo cual es un precedente en México al reconocer que los animales tienen derechos. En la demanda interpuesta por el grupo de derechos de los animales *Opening Cages and Opening Minds*, se alegó que Ely sufría de depresión, especialmente desde la muerte de Maggie, la otra elefanta que compartía su hábitat, en 2016, así como de enfermedades que padecía en cautiverio. Esto guarda relación con otra decisión de la Suprema Corte en enero de 2025, en la que determinó que las leyes de la Ciudad de México contra el maltrato y la crueldad hacia los animales eran constitucionales¹²⁸.

En Panamá, el Código Administrativo¹²⁹ establece, en su artículo 1201, que «La policía prohíbe los maltratos de los animales domésticos en que se manifiesten crueldad, como actos que repugnan y mortifican a las personas sensibles e introducen malas costumbres».

Por otro lado, el Código Civil de Puerto Rico, aprobado el 1 de junio de 2020 y que entró en vigor el 28 de noviembre de 2020¹³⁰, reconoce en su artículo 232 que los animales son seres sensibles, por lo que dejan de considerarse como cosas; se establece una nueva categoría para los animales domésticos y domesticados; así como se agregó en el artículo 235 la figura jurídica de «guarda de animales», aunque sin establecer la forma clara de cómo adjudicarla¹³¹.

En lo que respecta a República Dominicana, existe la Ley N.º 248-12 del 2012 sobre Protección Animal y Tenencia Responsable¹³², la cual establece distintos tipos de medidas de bienestar y reconoce derechos a los animales,

¹²⁸ SÁNCHEZ, Fabiola: «La Suprema Corte de México ordena a un zoológico que mejore las condiciones de Ely, “la elefanta más triste del mundo”», <https://www.telemundo.com/noticias/noticias-telemundo/internacional/la-suprema-corte-de-mexico-ordena-a-un-zoologico-que-mejore-las-condic-rcna193946>.

¹²⁹ Vid. <https://vlex.com.pa/vid/codigo-administrativo-41025245>.

¹³⁰ Vid. <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/55-2020.pdf>.

¹³¹ Para más información se puede ver a SANTIAGO RIVERA, Vanellies: «¿Con quién se queda el perro? un análisis de la guarda de animales en caso de separación o divorcio en Puerto Rico», <https://www.derecho.inter.edu/wp-content/uploads/2022/04/con-quien-se-queda-el-perro-un-analisis-de-la-guarda-de-animales-en-caso-de-separacion-o-divorcio-en-puerto-rico.pdf>.

¹³² Vid. https://www.juliocury.com/pdf/leyes/Ley_248-12.pdf.

así como castiga con sanción económica y cárcel el maltrato y la crueldad contra los animales, aunque excluye las peleas de gallos.

En Uruguay, nos podemos encontrar el Decreto N.º 82/000 sobre Protección de los Animales Domésticos y Silvestres¹³³, del 29 de febrero de 2000, que señala en su artículo 5 que todas las personas físicas o jurídicas que posea un animal doméstico o silvestre en cautiverio deben mantenerlo en condiciones físicas y sanitarias adecuadas, inmunizarlo y curarlos de las enfermedades transmisibles que ya padezca o pueda tener, darle alojamiento, trato, alimento y abrigo en cantidad y calidad suficientes según las características de su especie o raza.

De igual forma, la India tiene la Ley de Prevención de la Crueldad Animal (*The Prevention of Cruelty to Animals Act*) de 1960¹³⁴ y las normas del Comité para el Control y la Supervisión de Experimentos con Animales (CPCSEA) o *Committee for Control and Supervision Experiments on Animals* (CCSEA)¹³⁵, que es el organismo regulador para la experimentación animal, y para mayo de 2014, igualmente se prohibió la experimentación animal fuera de la ley, elimina por completo las pruebas de cosméticos y sus ingredientes en animales, mediante la modificación de las Reglas D&C¹³⁶ y la publicación de la Regla GSR 346(E)¹³⁷. Ya previamente existía proscripción de importación de este tipo de productos desde 2017¹³⁸, y esta prohibición se actualizó según la Regla GSR 718(E) del 13 octubre de 2014¹³⁹.

¹³³ Vid. <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/82-2000>.

¹³⁴ Vid. https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/11237/1/the_prevention_of_cruelty_to_animals_act%2C_1960.pdf.

¹³⁵ Vid. https://ccsea.gov.in/Content/54_1_ACTS,RULESANDGUIDELINES.aspx.

¹³⁶ Vid. https://cdsco.gov.in/opencms/export/sites/CDSCO_WEB/Pdf-documents/acts_rules/2016DrugsandCosmeticsAct1940Rules1945.pdf.

¹³⁷ Vid. «¡La India pone fin a la experimentación de cosméticos en animales!», <https://www.animanaturalis.org>. La normativa está disponible en: [https://www.indiacode.nic.in/handle/123456789/1362/simple-search?query=G.S.R.%20346\(E\)%20Railway%20Passengers%20\(Manner%20of%20Investigation%20of%20Untoward%20Incidents\)%20Rules,%202020&searchradio=rules](https://www.indiacode.nic.in/handle/123456789/1362/simple-search?query=G.S.R.%20346(E)%20Railway%20Passengers%20(Manner%20of%20Investigation%20of%20Untoward%20Incidents)%20Rules,%202020&searchradio=rules).

¹³⁸ Vid. <https://igualdadanimal.org/noticia/2017/05/31/ultima-hora-nueva-ley-de-proteccion-animal-en-los-mercados-ganaderos-de-india/>.

¹³⁹ Vid. https://cdsco.gov.in/opencms/export/sites/CDSCO_WEB/Pdf-documents/cosmetics/Guidance_document_cosmetic_import_registration.pdf.

También, se debe destacar que, en India, se reconoció oficialmente a los delfines como personas en 2013, es decir, como «personas no humanas», lo cual significa que los delfines tienen derecho a la vida y a la libertad, y el Gobierno emitió una política para prohibir su cautiverio para fines de entretenimiento y prohibió la creación de nuevos delfinarios en el país¹⁴⁰.

En 2013, la empresa líder de cosméticos japonesa, Shiseido, eliminó las pruebas de sus productos en animales, tanto en sus laboratorios de dentro como en los de fuera de Japón¹⁴¹.

Por ello, ante todos los cambios legislativos mencionados anteriormente, entre muchos otros, es que hoy en día se habla de «sintiencia» o «sintiente», para referirse a los animales, siendo que estas son voces empleadas para aludir a la capacidad de sentir de los seres vivos. El uso como adjetivo es considerado válido por la Real Academia Española. Desde este enfoque, los animales no solo reaccionan a los estímulos, sino que tienen la capacidad de experimentar sensaciones, hecho este que los diferencia de las cosas y que, desde el punto de vista de la ética animal, debería otorgarles unos derechos distintos, tales como la protección contra el sufrimiento o el derecho a la comida, el agua y el refugio, ya que el animal no es un bien para transar comercialmente, no son muebles, sino un ser sintiente¹⁴².

Incluso, se ha llegado a especular que en el futuro frente al avance vertiginoso de la tecnología y los progresos en el campo de la genética, es posible que se desarrollen técnicas avanzadas de modificación genética que permitan diseñar características específicas en perros y gatos, eliminando enfermedades hereditarias, fortaleciendo ciertas habilidades o creando nuevas apariencias, es posible que la esperanza de vida de los perros y gatos aumente significativamente en el futuro, mediante el desarrollo de terapias

¹⁴⁰ *Vid.* <https://taisgadealara.com/2016/01/delfines-personas-no-humanas-en-india/>. Esta protección de los primates también se puede observar de manera similar en Brasil y Australia.

¹⁴¹ *Vid.* <https://www.publico.es/actualidad/empresa-cosmetica-lider-japon-dejara-pruebas-animales.html>.

¹⁴² *Vid.* <https://www.fundeu.es/recomendacion/sintiencia-termino-valido/>.

genéticas, tratamientos médicos más avanzados y una mejor comprensión de la nutrición animal para promover una vida más larga y saludable. Se podrían desarrollar dispositivos de comunicación avanzados que permitan a los humanos comprender mejor las necesidades y deseos de sus mascotas, además de que, con el cambio climático y otros factores ambientales, es probable que se desarrollen adaptaciones físicas y comportamentales para sobrevivir en entornos cambiantes, siendo más resistentes a enfermedades específicas o desarrollar habilidades para encontrar alimentos en condiciones adversas. Incluso en el futuro puede que los perros y gatos interactúen de manera más estrecha con la tecnología, colocándoles dispositivos inteligentes para monitorear su salud y bienestar, que incluya juegos interactivos diseñados específicamente para mascotas, o incluso la integración de tecnologías de realidad aumentada para enriquecer su entorno y experiencia de vida. También, con los avances en la robótica y la biomecánica, podrían desarrollarse dispositivos de movilidad avanzados para perros y gatos con discapacidades físicas o para mejorar su rendimiento en actividades específicas, incluyendo prótesis personalizadas, exoesqueletos o incluso dispositivos de vuelo para ayudar en la navegación de terrenos difíciles. Del mismo modo en el futuro, pudiera ser que la relación entre humanos y sus mascotas evolucione aún más, desempeñando roles más complejos como asistencia en terapias, compañía emocional avanzada o incluso participación en actividades laborales específicas, con habilidades sociales más sofisticadas para interactuar no solo con humanos, sino también con otras mascotas y animales, lo cual traería un mayor nivel de cooperación entre individuos de la misma especie y otras, así como formas más complejas de comunicación y juego social¹⁴³.

3. La protección de los derechos de los animales en Venezuela

En Venezuela, algunos activistas por los derechos de los animales hacen llamados a evitar asistir a zoológicos, circos y acuarios debido a las condiciones

¹⁴³ *Vid.* https://www.infobae.com/tecnologia/2024/02/06/como-se-veran-perros-y-gatos-en-el-futuro-segun-la-inteligencia-artificial/?outputType=amp-type#amp_tf=De%20%251%24s&aoh=17073108742360&csi=0&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com.

de vida de los animales en estos lugares¹⁴⁴, aunado a la existencia de programas del Gobierno como la Misión Nevado¹⁴⁵, también se debe destacar la existencia la Ordenanza sobre tenencia, control, registro y protección de animales en el Municipio Libertador del estado Mérida, publicada en la *Gaceta Oficial Municipal* extraordinaria N.º 35, año IV, de 5 de diciembre de 2008, que reconoce que todo animal tiene los derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos de los Animales¹⁴⁶.

El 28 de julio de 2015, fue condenado un ciudadano por causar la muerte de una perra comunitaria que era protegida por trabajadores del Instituto Postal Telegráfico (IPOSTEL) de Caracas, siendo juzgado por maltrato animal y desobediencia a la autoridad, ambas faltas contempladas en los artículos 537 y 483 del Código Penal, convirtiéndose de esta manera en el primer dictamen judicial establecido en la capital por maltrato animal y segundo a nivel nacional¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Vid. <http://www.lapatilla.com/site/2015/01/22/activista-por-los-derechos-de-los-animales-pide-no-asistir-a-los-zoologicos/>.

¹⁴⁵ Es un proyecto colectivo, creado por el Gobierno según la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 40 324, de 30-12-13, enmarcado en el movimiento animalista y ecosocialista, que busca integrar la inclusión de los derechos animales y los derechos de la madre tierra en la ética del hombre y de la mujer nuevos, al considerar que para lograr una «nueva humanidad», no es suficiente con cambiar las relaciones económicas de producción, sino que también es imprescindible cambiar nuestra relación con la naturaleza. Para saber más sobre esta misión también se puede ver a SPÓSITO COTRERAS: ob. cit., *passim*.

¹⁴⁶ Igualmente se debe hacer referencia a la acción de amparo por intereses y derechos colectivos y difusos interpuesta ante la Sala Constitucional contra la Alcaldía del municipio Maracaibo del estado Zulia por la celebración de las corridas de toro del Día de la Chinita, en la que piden se prohíban al considerar que «... se les vulnera este derecho ya que no se puede catalogar como seguro, sano y ecológicamente equilibrado aquel entorno que se presta a la realización de una actividad sangrienta, cruel y brutal como lo son las corridas de toros y estos animales sin lugar a duda forma parte de las especies vivas, por lo tanto se desprende la obligación del Estado de conformidad con el precepto constitucional a protegerlos y a su vez a la sociedad de contribuir con dicha protección...», TSJ/SC, sent. N.º 337, del 02-05-14.

¹⁴⁷ Vid. <http://www.noticias24.com/mascotas/noticia/26402/sancionado-primer-caso-penal-de-maltrato-animal-en-caracas/>.

También, el Ministerio Público solicitó la prohibición de una corrida de toros en el estado Lara, y el Tribunal Segundo de Control de dicha entidad político-territorial emitió una medida cautelar contra una corrida de toros que iba a realizar la Alcaldía de Carora y estaba prevista para el 18 de junio de 2022, en la manga de coleo Omar Álvarez, alegando que se buscaba evitar la tortura de los toros de lidia. Este tipo de actuaciones del Ministerio Público comenzó desde el pasado año, con una campaña de prohibición contra las corridas de toros en toda Venezuela, e inclusive contra las ferias estatales más antiguas del país, donde uno de los casos que más noticiosos fue la del Táchira y Maracay¹⁴⁸.

De hecho, se puede observar aspectos como que, desde el 2015, la raza de perros *american pit bull terrier*, pitbull, terrier americano, *bull terrier staffordshire*, terrier americano *staffordshire* y todos sus mestizajes, comenzó a ser ilegal en Venezuela, como lo especificó la Ley para la Protección de la Fauna Doméstica Libre y en Cautiverio¹⁴⁹ en su artículo 33. Se dice que

¹⁴⁸ Vid. <https://www.eluniversal.com/sucesos/129626/ministerio-publico-emite-la-prohibicion-de-una-corrida-de-toros-en-lara>, y <https://www.elnacional.com/venezuela/prohibieron-las-corridas-de-toros-en-la-ciudad-de-carora/>. Se debe indicar igualmente que esta acción judicial que impuso una medida de protección, dictada por el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, con sede en Maracay y competencia en el estado Carabobo, el día 16 de marzo 2016 y ratificada en fecha 27 de julio 2016, que impedía las corridas de toros en Aragua y Carabobo, fue recurrida, y el 7 de agosto de 2018 la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia revocó la medida autónoma innominada de protección a la fauna doméstica y salvaje en el estado Aragua extensiva al estado Carabobo (<https://www.animanaturalis.org/alertas/magistrada-marjorie-calderon-anula-sentencia-que-prohibe-corridas-de-toros-en-carabobo>). Vinculado a esto, se debe mencionar que la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda en contra de la permanencia de menores de edad en las corridas de toros para que no vieran la violencia del evento, siendo acordadas las medidas cautelares TSJ/SC, sent. N.º 1172, del 17-08-15; sin embargo, posteriormente dicha Sala dejó sin efecto las medidas cautelares acordadas, cuando mediante sent. N.º 883, del 25-10-16 declaró el decaimiento del objeto de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ordenanza taurina de Mérida.

¹⁴⁹ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 338, del 04-01-10. En el artículo 32 se establece que: «El propietario o propietaria,

esta Ley se creó, en su momento, porque en un tiempo fue recurrente que una persona muriera tras el ataque de un pitbull; por lo cual se procedió al marco jurídico para evitar que más ciudadanos fallecieran a consecuencia de los caninos, siendo una de las más dura en contra de la cría de esta raza de perros; ya que ningún otro país había establecido una norma de tal envergadura, siendo que suspendió la «importación, reproducción, adopción, cría y comercialización de la raza», y los dueños de los perros que no cumplan con las disposiciones deben pagar entre 40 y 70 unidades tributarias¹⁵⁰.

En Venezuela, el Instituto Nacional de Parques (INPARQUES) ejecuta las políticas públicas dirigidas a la conservación y preservación de la vida animal dentro de los parques nacionales, monumentos naturales y parques de recreación respetando sus derechos; asimismo, se despliega por diferentes espacios del territorio nacional, para sensibilizar a las comunidades en general en cuanto al cuidado no solo de los animales, sino también la diversidad de ecosistemas existentes en el País.

De este modo, se puede observar que los derechos animales en Venezuela se hallan comprendidos constitucionalmente en el artículo 127 cuando en su último párrafo dice:

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las

tenedor o tenedora de animales domésticos, no podrán: 1. Abandonar en la vía pública ejemplares vivos o muertos. 2. Maltratarlos, agredirlos físicamente o someterlos a cualquier otra práctica que les ocasione sufrimiento, daño o muerte. 3. Practicarle mutilaciones. 4. Usarlos como blanco de tiro. 5. Castrarlos sin haber sido anestesiados previamente. Mantenerlos en condiciones de hacinamiento en contravención al óptimo animal». Mientras que el artículo 33, precisó que: «Se restringe la propiedad y tenencia de caninos pitbull. Por consiguiente, quienes ejerzan tales derechos sobre estos animales estarán sujetos al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Mantenerlos permanentemente en condiciones de cautividad. 2. Deberán cumplir con los requisitos sanitarios correspondientes. 3. Adoptar las medidas de aseguramiento necesarias para evitar el escape de los ejemplares».

¹⁵⁰ *Vid.* <https://noticias24carabobo.com/raza-pitbull-ilegal-venezuela/>.

costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

Lo anterior, se debe concatenar con lo dispuesto en la Ley para la Protección de la Fauna Doméstica Libre y en Cautiverio¹⁵¹; en donde claramente tanto las especies salvajes como las especies domésticas se consideran por la jurisdicción legal de nuestro país, además tiene por objeto, conforme a lo establecido en su artículo 1, «establecer las normas para la protección, control y bienestar de la fauna doméstica».

Del mismo modo, el Código Penal determina en su artículo 478: «El que sin necesidad haya matado un animal ajeno o haya causado algún mal que lo inutilice, será penado por acusación de la parte agraviada...».

En lo que respecta a la Ley de protección animal en Venezuela, antes referida, esta establece que las personas que ejercen la propiedad y tenencia de animales domésticos tienen la obligación de brindarles aspectos básicos como protección, cuidado y alimentación, junto con las correctas medidas profilácticas de higiene y sanidad, así como evitar que se generen daños o riesgos a terceras personas y bienes. En este sentido, se puede pensar que su protección va mucho más allá de estos aspectos fundamentales, al incluir la salud mental del animal que se vincula con el derecho de recrearse y jugar, así como de estar protegido de personas malintencionadas. Igualmente se permite que cualquier persona que sea aturdida en su tranquilidad y paz ciudadana por la tenencia irresponsable podrá colocar su denuncia ante las autoridades competentes que se encargan procesar estos casos.

Las infracciones de esta Ley se tienden a clasificar según su tipo y la magnitud del daño, los cuales que pueden ser leves, graves y muy graves, algunas de estas son:

El maltrato de las mascotas o animales domésticos indistintamente de su tipo bien sea físico o psicológico, ya sea que cause o no dolor, genere o no lesiones.

¹⁵¹ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 338, del 04-01-10.

La crueldad y el abandono animales.

Causar la muerte al animal.

La organización y celebración de peleas con caninos.

El comercio ilícito de mascotas y de especies exóticas.

La tenencia irresponsable, es decir, que no se cumplan con las necesidades básicas del animal, como el tenerlo en un espacio inadecuado hasta condiciones insalubres y falta de control veterinario; la no recolección de las excretas; la negligencia en el manejo de estos; ausencia de vacunación; incumplimiento en la aplicación de tratamiento médico, entre otros.

La reproducción, cría o comercialización de animales sin cumplir con los correspondientes actos administrativos.

La evaluación, control sanitario, prescripción y aplicación de tratamiento médico sin estar facultado para ello o sin supervisión de un profesional de la medicina veterinaria; entre otros.

En definitiva, cualquier individuo que cometa alguna de las transgresiones plasmadas en la Ley debe ser castigada.

También existen organismos que se encargan de abordar el tema de protección animal, donde cualquier persona que sea perturbada en su tranquilidad y paz ciudadana por la tenencia irresponsable, o que tenga conocimiento o sepa que el propietario de un animal doméstico o cualquier otra persona está infringiendo la ley, podrá interponer su denuncia ante el consejo comunal, la autoridad parroquial, el juez de paz, las jefaturas, fiscalías ambientales y el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), quienes son las autoridades encargadas de la tramitación de denuncias, la mediación y conciliación para estos casos específicos. Así, observamos que, en materia de fauna doméstica, la competencia es de la autoridad municipal (alcaldías) a través de las unidades de gestión pública en materia de fauna doméstica, que deberán crear a tales efectos, además de contar con un centro de rescate, recuperación y atención de fauna doméstica, con personal calificado, deberán iniciar, sustanciar y resolver los casos de que tenga conocimiento.

La Declaración Universal de los Derechos Animales, a la que nos referiremos antes y lo haremos también más adelante, establece en su preámbulo que «todo animal posee derechos» y que «el desconocimiento y desprecio de dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y contra los animales». Es así, como establece en su artículo 1, que «todos los animales nacen iguales ante la vida y tiene los mismos derechos a la existencia»; ratificando en su artículo 2 literal a, que tienen «derecho al respeto» y, en su literal b, que el hombre «no puede atribuirse el derecho de exterminar a los otros animales o de explotarlos»; para finalmente concluir en el literal b, de su artículo 14 que «los derechos del animal deben ser defendidos por la ley, como lo son los derechos del hombre».

De esta manera, conforme al contenido de la referida Declaración, las leyes de protección animal deben estar dirigidas, por una parte, a reconocer los derechos de los animales y, por la otra, a crear mecanismos, políticas, planes, programas, entre otros aspectos, que vayan dirigidos a garantizar y proteger esos derechos.

En definitiva, el caso de nuestra Ley de protección animal, previamente mencionada, posee 74 artículos, una disposición derogatoria, tres disposiciones transitorias y dos disposiciones finales, que regulan la propiedad, tenencia, manejo, uso y comercialización de los animales domésticos. Asimismo, implanta –aun y cuando no se cumplan– acciones que garanticen su integridad física y psicológica, estableciendo mecanismos para asegurar sus cuidados médicos y la recuperación de animales en situación de calle; finalmente tipifica las infracciones y establece el régimen sancionatorio, el cual consiste en multas que van desde 20 UT hasta 100 UT, según la gravedad del hecho, para lo cual reúne las infracciones en tres grupos: leves, graves y muy graves. Sin embargo, la Ley en ningún momento habla de los derechos de los animales o de la protección de estos, ni reconoce los principios y garantías contenidos en la Declaración Universal y mucho menos habla de seres sintientes.

Igualmente, se ha de mencionar que, en abril de 2024, se efectuó una consulta pública de un proyecto de ley como esfuerzo por promover la protección

y el bienestar de los animales, que fue lanzada por el Gobierno venezolano en colaboración con organizaciones de derechos animales y busca recopilar opiniones y propuestas de la sociedad civil para fortalecer la legislación existente y garantizar una mayor protección para los animales en todas las esferas de la sociedad, persiguiendo también abarcar una amplia gama de temas, entre los que se incluyen la prohibición de la caza furtiva, el maltrato animal, la promoción de la adopción responsable y la implementación de programas de esterilización masiva para controlar la población de animales callejeros, así como establecer sanciones más severas para aquellos que violen los derechos de los animales¹⁵².

Por ello podemos afirmar que la Ley, además de ser una ley proteccionista que reconoce los derechos de los animales y los protege, sigue siendo una ley en la cual los animales son considerados y concebidos como «objeto derecho» sujetos al régimen de propiedad, siguiendo lo establecido en el Código Civil en sus artículos 527, 528, 552, 570, 616, 617, 797, 799, 1192, 1525, 1622, 1623 y 1842; por lo que no está dirigida a reconocer, garantizar, fomentar y proteger esos derechos universalmente aceptados, ni reconocerlos como seres sintientes, sino que, por el contrario, busca regular la propiedad y tenencia de los mismos y, por tanto, sancionar a los dueños que la incumplan o que incurran en omisión, imprudencia o negligencia de sus obligaciones como propietarios y tenedores de animales.

Además, todo esto tiene un fundamento constitucional, establecido en el artículo 127, que establece:

Artículo 127.- Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales

¹⁵² *Vid.* <https://meridiano.net/virales/derechos-animales-asi-va-el-proyecto-de-ley-en-venezuela-para-proteger-a-los-animales-2024425110>.

y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

De esta norma constitucional se puede observar que el constituyente tuvo como norte que el Estado venezolano haga énfasis en la educación ambiental, tanto de la flora como la fauna, incluyendo la protección de las diversas especies de animales, sobre todo al leer el último párrafo, destacándose el carácter proteccionista, principalmente al observar la relevancia de los animales en la cotidianidad de nuestras vidas, tanto para ayudar en algunas labores de trabajo así como animales de compañía que conviven directamente en los hogares, convirtiéndose en muchas oportunidades en parte fundamental de la familia.

No obstante, lo anterior –y aunque aún quedan muchos aspectos relevantes que deben ser reconocidos y regulados–, constituye un gran avance en la protección de los animales.

4. Protección en el ámbito del Derecho internacional

Ya habíamos indicado previamente que, en el ámbito internacional, existe una Declaración Universal de los Derechos de los Animales, adoptada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal (LIDA) el 23 de septiembre de 1977, que fue suscrita en Londres, que la proclamó al año siguiente el 15 de octubre de 1978, y que posteriormente fue revisada por la Liga en 1989, presentada a la Directora General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en 1990¹⁵³ y publicada

¹⁵³ Vid. «Proclamación de la Declaración Universal de los Derechos de los Animales», <https://www.gob.mx/conanp>.

ese mismo año, así como fue aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU)¹⁵⁴. La Declaración Universal conformada por 14 artículos que pueden sintetizarse en cuatro derechos básicos: i. la vida, ii. la libertad, iii. no al sometimiento a situaciones que les generen dolor y iv. no considerarles una propiedad¹⁵⁵.

Por otra parte, la Asamblea General de la ONU aprobó el 30 de julio de 2015 una resolución que busca combatir más eficazmente el comercio ilegal de especies salvajes en riesgo de extinción, como elefantes y rinocerontes. Aunque es una resolución no vinculante (de fuerza moral), es la primera en su género, y fue presentada por Gabón y Alemania y copatrocinada por más de 70 países. Este texto alienta a los países a «tomar medidas eficaces para prevenir y combatir» la caza furtiva y el contrabando, tanto en zonas de África, donde la caza furtiva hace estragos, como entre los consumidores, en particular en los países asiáticos que son devotos de los cuernos de rinoceronte; así como a que se refuercen las legislaciones «para que el comercio ilegal de especies protegidas de fauna y flora salvajes sea visto como un grave delito del crimen organizado»; aunado a solicitar que se intensifique la cooperación regional e internacional y a involucrar más a las comunidades locales en esta lucha. Esta resolución fue respaldada por organizaciones de protección de los animales, como el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF, en inglés) y TRAFFIC¹⁵⁶.

De hecho, el 10 de diciembre, se ha instaurado como el Día internacional de los derechos de los animales, a fin de incentivar el respeto hacia esos seres vivos vulnerables que sufren maltratos y, en muchos casos, soportan la violación de sus propios derechos.

Igualmente, habíamos indicado que está la Organización Mundial de Sanidad Animal (OMSA), creada en 1924 como Oficina Internacional de

¹⁵⁴ *Vid.* <https://elcomercio.pe/respuestas/dia-de-los-derechos-de-los-animales-que-son-sus-derechos-fundamentales-animales-revtti-noticia/>.

¹⁵⁵ *Vid.* <http://www.minec.gob.ve/dia-internacional-de-los-derechos-de-los-animales/>.

¹⁵⁶ *Vid.* <http://www.eluniversal.com/vida/150730/onu-aprueba-una-resolucion-contrala-caza-furtiva-de-especies-amenazadas>.

Epizootias (OIE), el cual ha publicado códigos con normas sanitarias para diversas especies, como el Código Sanitario para los Animales Terrestres, además de elaborar su propia definición del bienestar de los animales terrestres. En el 2017, los países miembros de la OMSA adoptaron la «Estrategia mundial de bienestar animal».

Luego están, como señalamos en los párrafos anteriores, las instituciones comunitarias de la Unión Europea (UE), que han aprobado numerosas directivas que tienen como objeto velar por la protección y bienestar animal y evitar o reducir algunas formas de sufrimiento animal, las cuales damos por reproducidas en este punto.

Conclusiones

Se critica cuando se habla de derechos de los animales, que se desconocen los aspectos biológicos de las especies, alegando injustificadamente malos tratos, estrés o depresión del animal, con lo cual se incurre en uno de los errores más comunes de los seres humanos, que es humanizar cualquier conducta animal.

Lo cierto es que existen pocos precedentes legales proanimal en el mundo, así cada caso presenta una oportunidad para cambiar el futuro legal de los animales. Igualmente, consideramos que, efectivamente, no se puede tratar de dar características humanas a los animales, aunque compartamos con algunos de ellos, como con ciertos primates, el 90 % del ADN y los genes, aunque no negamos que puedan tener sentimientos y poseer funciones cognitivas y sociales, como para no considerarlos un objeto, sino que requieren de algún tipo de protección jurídica, pero ello no implica que sean humanos ni que se puedan asimilar a los mismos para otorgarles idénticos derechos, sino que, por el contrario, se deberá desarrollar algún tipo de legislación y derechos especiales y propios para su resguardo y protección; sería incorrecto tratarlos como si fuesen *homo sapiens* y puedan asumir obligaciones como nosotros y desconocer su esencia biológica y natural. Sin embargo, es innegable que se ha producido un giro respecto al tratamiento jurídico que se

le está dando a los animales, tanto domésticos como salvajes, al considerarlos seres sintientes y, con ello, titulares de derechos.

La doctrina deberá determinar si se debe establecer un nuevo tipo de persona, o solamente indicar que los animales (domésticos y salvajes) tienen ciertos derechos y no obligaciones, ya que la responsabilidad será de sus cuidadores; tal vez se cree un nuevo término jurídico aparte de la clasificación de las personas o dentro esta clasificación, pero dándoles otro calificativo: i. persona natural, ii. persona jurídica, moral o colectiva y iii. persona *animalium*; la nueva tendencia ya es comenzar de hablar que son seres sintientes.

Además, se ha de tomar en consideración de que, en caso de que se les reconozca como persona o se les otorgue otro calificativo jurídico, es indudable que no pueden ejercer ellos directamente los derechos que se les atribuyan, así como se tendría que establecer las diferencias y coincidencia de los derechos entre los animales domésticos y los salvajes, al igual, de quién ha de responder ante su conducta y daños que generen, sobre todo al considerar que son seres no responsables de sus actos, no manifiestan voluntad (por lo menos, de manera clara e indudable), por lo que se ha de determinar quiénes han de asumir la carga jurídica e, incluso, indicar si se deberá designar o nombrar un tutor *animalium*.

En definitiva, a pesar de que ya en el mundo jurídico ha transcurrido algún tiempo en el que se ha estado escribiendo y reflexionando sobre el tema, pareciera que aún queda mucho por desarrollar, aclarar y establecer, para poder considerar que este asunto se encuentra lo suficientemente regulado y delimitado.

* * *

Resumen: Desde hace ya algún tiempo se ha venido desarrollando lo relativo a los animales en cuanto a su forma de tratarlos, reconocerles ciertos derechos, así como tratar de establecer

si se tratan de personas o no, ante lo cual se les está reconociendo hoy en día como seres sintientes. Ante estos planteamientos, el presente trabajo busca dar algunas orientaciones de cómo se ha tratado el tema hasta ahora y hacer unas reflexiones finales sobre esta situación. **Palabras clave:** Animales, sintiente, protección animal. Recibido: 13-05-25. Aprobado: 10-07-24.

The rights of animals as sentient beings

Abstract: *From some time now, things related to animals have been developing in terms of the way they are treated, recognizing certain rights, as well as trying to establish whether they are legal persons or not, which is why they are now being recognized as sentient beings, given these approaches, this work seeks to give some guidelines on how the topic has been treated until now and make some final reflections on this situation.*

Keywords: *Animals, sentient, animal protection.*

Estructuración de la pretensión de extinción de dominio: exigencias objetivas y subjetivas

Gilmar Giovanni SANTANDER ABRIL*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 23, 2025, pp. 169-208.

SUMARIO

Introducción: superando las confusiones de la extinción de dominio con la confiscación **1. Sobre la estructura de la pretensión extintiva** *1.1. Elementos objetivos que permiten reconocer los presupuestos de las causales extintivas* 1.1.1. El bien o derecho patrimonial 1.1.2. La actividad ilícita 1.1.3. El nexo de ilicitud o circunstancia ilícita 1.1.3.1. Sobre la idoneidad del nexo de ilicitud **2. Aspectos subjetivos que determinan el nexo de relación** *2.1. Condiciones personales de atribución* 2.1.1. Titularidad de derechos 2.1.2. La capacidad de goce y ejercicio *2.2. Factores de atribución en extinción de dominio* 2.2.1. De los factores de atribución respecto a las personas naturales 2.2.2. De los criterios de atribución aplicables a las personas jurídicas 2.2.3. De la atribución de la consecuencia jurídica sobre bienes en cabeza de terceros **Conclusiones**

* **Universidad Libre** (Bogotá-Colombia), Abogado; Especialista en Derecho Penal y Criminología. **Universidad Santo Tomás** (Bogotá-Colombia), *Magister Scientiarum* en Derecho Penal. **Pontificia Universidad Javeriana** (Bogotá-Colombia), Profesor del Curso Especializado en Extinción de Dominio. Corredactor de la Ley Modelo de Extinción de Dominio de las Naciones Unidas y del Código de Extinción de Dominio de Colombia.

Introducción: superando las confusiones de la extinción de dominio con la confiscación

¿Qué es lo que evita que la extinción de dominio se convierta en una acción confiscatoria? Este es la principal interrogante que se pretende resolver a través de estas líneas que se centran en el estudio de la fase inicial o de investigación patrimonial, destacando los elementos que requiere tanto la fiscalía como la defensa para construir de manera metodológica y técnica su correspondiente teoría del caso, atendiendo a los derroteros previamente definidos en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, el cual acoge las recomendaciones técnicas de buenas prácticas contenidas en el artículo 21 de la Ley Modelo de Extinción de Dominio, que define los elementos que permiten estructurar la pretensión extintiva, fija las pautas para delimitar el conflicto que se debate en el correspondiente proceso, propone reglas de distinción entre afectados con los terceros de buena fe y consagra las bases para trabajar los factores o criterios de atribución de esta consecuencia jurídica, resaltando la importancia de la buena fe exenta de culpa como principal elemento subjetivo y límite de la extinción de dominio.

Una lectura detallada de la norma en mención permite conocer que esta va mucho más allá de la simple orientación de los actos de investigación, pues su observancia permite mitigar el riesgo de confiscación, exceso o abuso en la aplicación de la legislación extintiva, toda vez que define cuáles son los hechos de relevancia jurídica que permiten construir de manera técnica la pretensión, precisando los elementos objetivos que se deben acreditar para reconocer si un bien se encuentra comprometido en una causal de extinción de dominio, y relaciona los aspectos subjetivos que requieren ser demostrados para la declaración de la consecuencia jurídica en un caso concreto.

Por ello, el presente estudio plantea un ejercicio taxonómico para identificar claramente los temas de relevancia jurídica en torno a la estructuración de la pretensión extintiva, analizando detalladamente cada uno de los elementos identificados para ser comprendidos desde su propio contexto, los cuales se pueden clasificar en dos clases: los primeros, de carácter objetivo, que

permiten reconocer los componentes de las causales, como lo son: el bien o derecho patrimonial, el nexo de ilicitud y la actividad ilícita; y, en segundo lugar, se destacan los elementos personales o subjetivos que permiten establecer el nexo de relación entre el titular del bien con la causal de extinción de dominio, para lo cual se hace necesario tener claridad sobre los conceptos de titularidad y capacidad, y reconocer los factores de atribución que pueden comprometer a los titulares de derechos sobre los bienes investigados, los cuales pueden variar, según se trate de los factores atribuibles a personas naturales, o criterios predicables de las personas jurídicas e, incluso, aquellos factores que permiten justificar la extinción de dominio sobre bienes en cabeza de terceros que actúan por fuera de los parámetros de la buena fe exenta de culpa, los cuales serán analizados de forma independiente, con el propósito de proponer algunas recomendaciones de buenas prácticas para su reconocimiento.

1. Sobre la estructura de la pretensión extintiva

Una de las principales diferencias existentes entre la extinción de dominio y el comiso penal tradicional se presenta en la forma de acreditar sus presupuestos, toda vez que, mientras que en materia penal la afectación de bienes ilícitos suele responder, por lo general, a un evento coyuntural, generalmente representado por el hallazgo de un bien de uso o procedencia ilícita en los delitos detectados en un estado de flagrancia, en el trámite de extinción de dominio la afectación de bienes responde a una lógica completamente diferente, pues el esquema procesal definido en el Código de Extinción de Dominio demanda que la pretensión extintiva y, por ende, la pretensión cautelar que le es accesoria, debe estar precedida de una robusta investigación patrimonial adelantada durante la denominada «fase inicial».

De ahí que el artículo 116 del Código de Extinción de Dominio destaca que el proceso de extinción de dominio consta de dos etapas: la fase inicial o preprocesal, establecida para adelantar la investigación patrimonial y preparar la demanda extintiva a cargo de la Fiscalía, y la fase de juzgamiento, a cargo del juez especializado en extinción de dominio, la cual inicia con

la admisión de la demanda que presenta la Fiscalía. Ya en anterior oportunidad habíamos destacado las principales características de la fase inicial, al definirla como una actuación preprocesal, oficiosa, investigativa y estructural de la solicitud de extinción de dominio¹, cuya finalidad esencial es la de desarrollar una completa investigación patrimonial que le permita al fiscal recolectar todos los elementos de juicio que se requieren para estructurar de manera seria, técnica y fundada la pretensión de extinción de dominio, razón por la cual también se la ha reconocido como «fase fundante» o «fundamentadora»².

Sobre su carácter investigativo, resulta oportuno precisar que, si bien la Fiscalía goza de la facultad de utilizar las técnicas tradicionales y especiales de investigación previstas en el estatuto procesal penal³, la investigación patrimonial que se desarrolla durante esta fase no tiene tal carácter, pues así lo precisa la Corte Constitucional al señalar que «... las funciones que cumple la Fiscalía en el proceso de extinción de dominio, aunque son jurisdiccionales, no son de naturaleza penal; se trata de funciones jurisdiccionales de instrucción distintas y especiales...»⁴, con lo cual se reconoce que se tratan de dos investigaciones completamente diferentes, pues difieren en cuanto a su objeto y presentan fines completamente distintos, destacando además que la fase inicial no debe ser considerada como una etapa procesal, pues dado el carácter constitucional de la acción, dicha condición solo se cumple cuando la actuación se desarrolla ante la jurisdicción correspondiente, es decir, ante el juez especializado en extinción de dominio.

Sin embargo, se debe recordar que la iniciativa investigativa de la Fiscalía General de la Nación no es obligatoria ni se encuentra al arbitrio del fiscal, pues, a pesar de que en el artículo 117 del Código de Extinción de Dominio

¹ SANTANDER ABRIL, Gilmar Giovanni: «La nueva estructura del proceso de extinción de dominio». En: *La extinción de dominio en Colombia*. UNODC. Bogotá, D. C., 2015, pp. 51 y ss.

² PABÓN PARRA, Pedro: *Nuevo régimen de extinción de dominio*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, D. C., 2013, p. 123.

³ Numeral 2 del artículo 26 del Código de Extinción de Dominio.

⁴ CConst., sent. N.º C-540 de 2011.

se reconoce el carácter oficioso de la investigación patrimonial, ya sea por iniciativa propia del ente de investigación o por reporte ciudadano o de cualquier otra autoridad pública, nacional o extranjera, dicha facultad se encuentra condicionada a la verificación previa de la existencia de unos fundamentos serios y razonables⁵ que le permitan al fiscal inferir, en clave de probabilidad, la existencia de los elementos de juicio suficientes para considerar que el bien o los bienes objeto de investigación presentan una relación delictiva, ya sea por su origen o por su destinación, de acuerdo con las circunstancias de ilicitud patrimonial descritas en las causales previstas en el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio.

De ahí que la fase inicial no puede ser vista como una simple etapa investigativa para la identificación de bienes de un sospechoso, como erradamente suele ser considerada, pues las cargas probatorias que se imponen a la Fiscalía trascienden la simple identificación de bienes, ya que los fines que se establecen para esta fase preprocesal en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio centran como principal objetivo de la investigación patrimonial el de acopiar todos los elementos de juicio que le permitan al fiscal estructurar técnicamente la pretensión extintiva, es decir, demostrando de manera seria y fundada los hechos de relevancia jurídica que se requieren como presupuesto de la declaración de la extinción de dominio, exigiendo para ello la acreditación de los elementos objetivos de las causales, y estableciendo también algunas condiciones de orden personal o subjetivo, a través de las cuales se puede realizar el juicio de atribución de la consecuencia jurídica a un afectado en un caso concreto.

⁵ Se debe destacar que las exigencias de objetividad, razonabilidad y fundamentación de la pretensión extintiva no son obligaciones propias del trámite extintivo, pues las mismas se derivan de las cargas funcionales de la Fiscalía General de la Nación impuestas por el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, que le atribuye a ente investigador el deber de «... realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo». Por tanto, al ser el delito (actividad ilícita) un elemento estructural de las causales extintivas, dicho mandato constitucional también es predicable frente a la actuación que adelanta la Fiscalía en el trámite extintivo, en lo que le resulta compatible a la función investigativa.

Por lo anterior, el Código de Extinción de Dominio no consagra ningún termino procesal que limite el desarrollo de esta fase inicial, salvo si se afectan derechos a través de la adopción de medidas cautelares anteriores a la demanda⁶, lo que obliga a que el ente investigador desarrolle sin premura la fase de investigación patrimonial, la cual debe de ser el producto de un ejercicio técnico y metodológico de planeación, como quiera que los objetivos de investigación fueron definidos previamente por el legislador en el citado artículo 118 del estatuto extintivo, norma que, a nuestro juicio, es una de las más importantes que debe tener una legislación que desarrolle este modelo de decomiso sin condena⁷, pues allí se definen los elementos estructurales con los cuales se construye la pretensión extintiva, siendo uno de los principales referentes que definen la carga de la prueba de la Fiscalía, pues señala cuáles son los elementos y hechos de relevancia jurídica que deben ser acreditados para sustentar la demanda de extinción de dominio y, a su vez, constituyen el referente principal que debe tener en cuenta el juez sobre los elementos que debe constatar para emitir la correspondiente sentencia, lo que a su vez se traduce en el marco fáctico y jurídico del debate que permite orientar los actos de contradicción, oposición y defensa de los afectados y terceros.

⁶ Por regla general, la fase inicial o de investigación patrimonial no tiene un término que la limite, salvo que la Fiscalía acuda a su excepcional facultad de adoptar medidas cautelares anteriores a la fijación de la pretensión en la demanda, evento en el cual el legislador estableció en el artículo 89 del Código de Extinción de Dominio un término de 6 meses, para que la Fiscalía pueda cumplir con los objetivos previstos para la investigación patrimonial en el artículo 118 *ibidem*, plazo razonable que se debe atender de forma perentoria, atendiendo a que toda medida cautelar constituye una pretensión accesorio que no puede subsistir indefinidamente sin que exista una pretensión principal.

⁷ Esta importante regla también ha sido acogida por distintas legislaciones especiales posteriores a la Ley Modelo de Extinción de Dominio, en los siguientes artículos: 27 de la Ley Especial de Extinción de Dominio de El Salvador; 23 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Ecuador; 33 de la Ley de Extinción de Dominio de Bienes Ilícitos de República Dominicana; 20 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Venezuela y, parcialmente, en el artículo 14 del Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio de Perú. Adicionalmente, se viene observando en legislaciones anteriores a la Ley Modelo de Extinción de Dominio, como la Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito de Honduras, se acogen estas reglas como recomendaciones de mejores prácticas a través del *Manual de privación definitiva de dominio de bienes de origen ilícito* del Ministerio Público.

Y es que al revisar los fines de la fase inicial, se puede advertir que sus reglas trascienden la simple orientación de los actos de investigación, pues los objetivos que se plantean en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio realmente definen cuáles son los hechos de relevancia jurídica que permiten construir de manera técnica un caso, pues al realizar un breve ejercicio taxonómico de los temas de prueba⁸ que se plantean en dicha norma, y clasificar los elementos en que estos se pueden descomponer, se puede identificar que la estructura de la pretensión extintiva consta de dos clases de elementos: los primeros, de carácter objetivo, que permiten reconocer los presupuestos de extinción de dominio (elementos de las causales) y, en segundo lugar, se destacan los elementos subjetivos y de orden personal, que permiten establecer el nexo de relación entre el titular del bien y la causal de extintiva⁹, para lo cual se hace necesario tener claridad sobre los factores de atribución que permiten reconocer la consecuencia jurídica en un caso concreto (dolo, culpa, mala fe, etc.), los cuales se determinan a partir del análisis de la buena fe exenta de culpa, como principal límite de la extinción de dominio.

⁸ A pesar de que el legislador identificó el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio con el nombre de «propósito» de la fase inicial, este bien pudo haberse denominado como «carga de la prueba de la Fiscalía», pues claramente define los principales hechos que deben ser demostrados para sustentar la pretensión extintiva en un caso concreto. De ahí que también resulten inadmisibles las críticas dirigidas contra el instituto cuándo se señala que en la extinción de dominio se invierte la carga de la prueba, como quiera que los temas de prueba sobre los hechos de relevancia jurídica que se plantean en esta norma determinan la orientación técnica de los objetivos que debe alcanzar el fiscal para poder demostrar elementos mínimos que requiere el juez para poder declarar o no la extinción de dominio. No obstante lo anterior, se debe reconocer que en el evento en que la Fiscalía incumpla estas expresas cargas probatorias, llevaría a que la investigación patrimonial fuese totalmente deficiente, caso en el cual se corre el riesgo de incurrir en una ilegítima inversión de la carga de la prueba, lo cual constituye una mala práctica que no puede ser considerada como un defecto del instituto, pues la norma es bastante clara en definir cuáles son los hechos que deben de estar demostrados para que proceda la declaratoria de extinción de dominio.

⁹ Serían las condiciones personales y los factores de atribución de que hablaremos más adelante.

1.1. Elementos objetivos que permiten reconocer los presupuestos de las causales extintivas

El componente objetivo de la extinción de dominio se encuentra determinado por los elementos comunes a todas las causales extintivas, como lo son: el bien (o derecho patrimonial), el nexo de ilicitud y la actividad ilícita, respecto de los cuales se ocupa los numerales 1 y 2 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, que establece como fines de la fase de investigación patrimonial los de identificar, localizar y ubicar bienes que se encuentren comprometidos en una causal de extinción de dominio y el de buscar y recolectar los elementos de prueba que permitan acreditar los presupuestos o elementos que exige la causal o causales de extinción que lleguen a ser invocadas como sustento de la correspondiente acción.

De ahí que resulta necesario insistir en que la fase inicial no tiene como finalidad identificar o ubicar bienes de una persona comprometida con un delito, pues la exigencia legal va más allá de la simple constatación de titularidad de los bienes que puede tener un investigado, ya sea a su nombre o a través de terceros, pues dada la autonomía e independencia del instituto, el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio define claramente los presupuestos o causales por las cuales procede la extinción de dominio¹⁰; para ello, describe una serie de ilicitudes de carácter patrimonial en las que se puede encontrar un bien, ya sea por su procedencia u origen ilícito, o por su destinación o uso delictivo, circunstancias de ilicitud que deben verificarse con relación al bien o derecho patrimonial cuestionado y no respecto a su titular.

¹⁰ En anterior oportunidad resaltábamos que las causales de extinción de dominio son: «... delimitaciones normativas de las circunstancias relacionadas con el origen o la destinación ilícita de un bien, que recogen la descripción en abstracto de un daño antijurídico en materia patrimonial, que conllevan como consecuencia jurídica la pérdida o desestimación de los derechos que existen sobre el mismo. En otras palabras, las causales describen un hecho ilícito que compromete los derechos de contenido patrimonial sobre un bien, ya sea por su origen o su destinación ilícita, ilicitud que se examina al margen de los posibles compromisos de responsabilidad penal de sus titulares», SANTANDER ABRIL, Gilmar Giovanni: *Lineamientos técnicos para la interpretación y aplicación de las causales de extinción de dominio*. Fundación Panamericana para el Desarrollo. Quito, 2023, pp. 25 y ss.

De otra parte, al examinar detalladamente la redacción de cada causal extintiva, se puede advertir que en ellas se repiten tres elementos en común, pues todas hacen relación a un bien o derecho patrimonial; todas exigen la existencia de un delito o actividad delictiva, y cada una de las causales describe un distinto nexo de ilicitud que conecta el bien con dicha actividad delictiva, elementos que en su conjunto conforman el componente objetivo de la estructura de la pretensión extintiva.

1.1.1. El bien o derecho patrimonial

El primer elemento que requiere el ejercicio de estructuración de la pretensión extintiva hace relación al objeto sobre el cual esta recae, pues si bien, a primera vista, las causales hacen relación a un bien o bienes de origen o destinación ilícita, técnicamente la pretensión se dirige sobre un derecho o derechos de contenido patrimonial y no sobre el bien en su sentido ontológico o material. Es por ello que, para la estructuración técnica de un caso de extinción de dominio, resulta de suma importancia saber distinguir entre el bien, de los derechos de contenido patrimonial que sobre él recaen¹¹, pues, a diferencia de lo que sucede en materia de comiso penal, la extinción de dominio no se sustenta solo en una simple relación de ilicitud que puede existir entre un bien con el delito, sino que va mucho más allá, pues se centra en la legitimidad y validez del derecho de propiedad, pues lo que realmente es objeto de debate dentro del trámite extintivo, es establecer, en primer lugar, si dicho derecho de propiedad sobre un bien realmente nace o no a la vida jurídica (cuestionamiento de origen); o si el derecho de propiedad se ha ejercido correctamente dentro del marco de los límites inmanentes que la Constitución Política

¹¹ Se debe tener presente que sobre un mismo bien puede existir distintos derechos patrimoniales (reales o personales), los cuales pueden ostentar diferente titularidad, y que pueden presentar o no, diversas relaciones con el delito. En otras palabras, no siempre que se presente una vinculación causal o funcional con un delito, se comprometen todos los derechos patrimoniales que existen sobre cada bien, pues cada caso se debe examinar independiente, atendiendo a los fundamentos de legitimación que justifican la extinción de dominio, razón por la cual los aspectos objetivos de las causales se deben manejar de forma independiente de los aspectos subjetivos, en particular, de los factores de atribución de la consecuencia jurídica, los cuales deben examinarse caso por caso, tema que se abordará más adelante.

y la ley le imponen al derecho de propiedad, cuando el uso o destinación del bien se realiza desatendiendo las obligaciones inherentes a la función social y ecológica que debe cumplir dicho derecho de acuerdo con lo señalado en el artículo 58 constitucional.

De ahí que el Código de Extinción de Dominio, desde su artículo primero, llama la atención para que se aborde la comprensión de este instituto a partir de un concepto normativo de bien¹² y se evite cualquier apreciación desde su perspectiva ontológica o descriptiva, pues, como bien resalta la doctrina especializada, en extinción de dominio no se extinguen bienes, sino los derechos que sobre ellos existen, ya que el bien de por sí no pierde su existencia corpórea con la sentencia¹³, razón por la cual hace énfasis en dos aspectos en particular: su susceptibilidad de valoración económica y su capacidad de ser parte de un patrimonio, es decir, que sobre el bien pueda recaer un derecho de contenido patrimonial.

A partir de estas dos características, el legislador ha querido cerrar el paso a malas interpretaciones frente a la identificación del objeto sobre el cual debe recaer la pretensión extintiva, como quiera que no cualquier cosa puede ser pasible de extinción de dominio, sino solo aquello que pueda ser objeto de apropiación, es decir, aquello sobre lo cual se pueda constituir un derecho

¹² Código de Extinción de Dominio, artículo 1, definiciones, «3. Bienes. Todos los que sean susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho de contenido patrimonial».

¹³ Sobre el particular, MERINO MENJÍVAR, Manuel: *La extinción de dominio en El Salvador. Teoría y práctica*. Editorial Cuscatleca. San Salvador, 2022, destaca: «En este punto es preciso realizar una aclaración terminológica. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra “extinguir” significa “acción y efecto de extinguir o extinguirse”. Dicho vocablo, en atención a su sentido natural, hace referencia a la desaparición material de una cosa o de un objeto (o bien, de una persona). Entonces, para los efectos de la figura en estudio, resulta incorrecto afirmar que “se extinguieron los bienes de una persona”, pues estos no han perdido su existencia corpórea. Lo correcto sería aseverar que “se extinguió el derecho de dominio sobre tales bienes”, pues con ello se hace referencia únicamente a la pérdida del referido derecho y no a la desaparición de los bienes en sí mismos».

estableciendo una relación jurídica patrimonial¹⁴ entre el titular de dicho derecho y el bien y que, además, sea susceptible de tener valor económico, lo cual cierra la posibilidad de pretender por esta vía cosas que tienen precio pero no valor económico, como por ejemplo, las cosas inherentemente delictivas, como las sustancias estupefacientes, armas hechizas, mercancías falsificadas, entre otros, que si bien pueden tener un precio en los mercados ilegales, ello de por sí no conlleva el reconocimiento de un valor en sentido económico para la sociedad, porque no generan ningún tipo de derecho, razón por la cual, con relación a estos elementos, la ley siempre dispone su destrucción¹⁵. Adicionalmente, la susceptibilidad de valoración económica descarta del ámbito de aplicación de la extinción de dominio frente a aquellas cosas con valor probatorio que, si bien emanan o se emplean también en el delito, tienen una destinación o uso distinto, como sucede por ejemplo con las evidencias, frente a las cuales el estatuto penal adjetivo establece un debido proceso caracterizado por las reglas de cadena de custodia¹⁶, recibiendo un tratamiento jurídico totalmente diferente.

Otro de los aspectos importantes relacionados con la acreditación de este elemento estructural es el relacionado con las cargas u obligaciones que se imponen a la Fiscalía en los numerales 1 y 3 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio para la identificación e individualización del bien o los derechos patrimoniales objeto de la pretensión extintiva, para lo cual

¹⁴ Destaca el profesor VELÁSQUEZ JARAMILLO, J. G.: *Bienes*. 13.^a, Temis. Bogotá, 2014, p. 2, lo siguiente: «... la palabra “bien” tiene un significado preciso para el Derecho Civil. Únicamente la cosa que está dentro del patrimonio de un sujeto de derechos, y que además tiene características pecuniarias o económicas, merece el calificativo de bien».

¹⁵ Sobre el particular, el artículo 87 del Código de Procedimiento Penal establece la destrucción de elementos que no tienen el carácter de bien, en los siguientes términos: «En las actuaciones por delitos contra la salud pública, los derechos de autor, falsificación de moneda o las conductas descritas en los artículos 300, 306 y 307 del Código Penal, los bienes que constituyen su objeto material una vez cumplidas las previsiones de este Código para la cadena de custodia y establecida su ilegitimidad por informe del perito oficial, serán destruidos por las autoridades de policía judicial en presencia del fiscal y del agente del Ministerio Público...».

¹⁶ Sobre el particular, véase el párrafo primero del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 114.4, 216, 254 y ss., *ibidem*.

no basta con realizar una identificación desde el punto de vista material a través de la descripción formal u objetiva del mismo, lo cual solo acredita su existencia; sino que, además, se debe realizar una identificación jurídica, estableciendo en lo posible todo lo relacionado con su título o modo de adquisición y describiendo todos los derechos materiales o inmateriales que existen sobre el mismo, pues esta información no solo resulta de gran utilidad para poder delimitar claramente el objeto de la pretensión extintiva, sino que también tendrá un serio impacto para determinar los criterios de razonabilidad con los que se deben adoptar las medidas cautelares y garantizar los derechos de quienes puedan verse afectados por ser terceros de buena fe, pues, como se mencionó anteriormente, la extinción de dominio no extingue bienes, sino derechos de contenido patrimonial (causales de destinación), o declara la apariencia de un supuesto derecho (causales de origen), razón por la cual el numeral 3 del mencionado artículo 118 del Código de Extinción de Dominio¹⁷ es enfático en resaltar que no basta con identificar, localizar y ubicar los bienes que puedan estar comprometidos en algún presupuesto de extinción de dominio, sino que, además, se requiere establecer cuáles son los derechos de contenido patrimonial que existen sobre dichos bienes y, a partir de ahí, conocer quiénes son los titulares, pues, respecto de ellos, se reconocerá la legitimación pasiva para ser tratados como afectados en los términos del numeral primero del artículo 1 del Código de Extinción de Dominio¹⁸.

A pesar de que el concepto normativo de bien impone un límite al alcance de la extinción de dominio al restringir su aplicación a todo aquello susceptible de apropiación y valoración económica, también se debe tener presente que, además de los bienes que no son susceptibles de valoración económica o que son inherentemente delictivos, existen otros bienes que por su naturaleza no son pasibles de extinción de dominio, como es el caso de los bienes del Estado o de uso público, los bienes de representaciones diplomáticas

¹⁷ Artículo 118.3: «Identificar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio y establecer el lugar donde podrán ser notificados, cuando los haya».

¹⁸ Artículo 1.1: «Afectado. Persona que afirma ser titular de algún derecho sobre el bien que es objeto del procedimiento de extinción de dominio, con legitimación para acudir al proceso».

protegidos por el Derecho internacional, los bienes de las víctimas que deben ser objeto de restablecimiento del derecho de forma prevalente, entre otros.

1.1.2. La actividad ilícita

El segundo elemento objetivo que requiere ser verificado para acreditar que un bien se encuentra comprometido en una causal de extinción de dominio es la «actividad ilícita», la cual constituye un elemento normativo de las causales que se encuentra expresamente definido en el artículo primero del Código de Extinción de Dominio¹⁹, y constituye el referente principal que permite realizar el juicio de ilicitud del bien para determinar su contrariedad con el ordenamiento jurídico, según se acredite su origen o su destinación delictiva. Se debe precisar que el legislador estableció como regla general que la extinción de dominio solo procede sobre bienes vinculados causal o funcionalmente con los delitos tipificados en el Código Penal, y si bien abre la posibilidad de que el instituto pueda extenderse a bienes comprometidos en otro tipo de ilícitos, como, por ejemplo, las faltas disciplinarias o los ilícitos administrativos²⁰, dicha facultad quedó condicionada a la reserva legal, en aquellos eventos en los cuales el legislador establezca de manera clara e inequívoca, cuál o cuáles infracciones podrían dar lugar también a tan contundente medida.

¹⁹ «Actividad ilícita. Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social».

²⁰ Ejemplo de esta facultad excepcional se encuentra en las legislaciones de El Salvador, Honduras y Guatemala, donde el legislador expresamente extendió la consecuencia jurídica de la extinción de dominio a infracciones administrativas de carácter cambiario, como lo es, por ejemplo, la no declaración del transporte transfronterizo de divisas. Por su parte, la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Ecuador establece como causal aquellos bienes existentes en el Ecuador de propiedad de una sociedad residente o establecida en un paraíso fiscal, jurisdicción de menor imposición o que esté sujeta a un régimen fiscal preferente. En Colombia, se han reconocido eventos de ilicitud patrimonial específicos sobre bienes, pero siempre vinculados con delitos, como es el caso de la Ley 1336 de 2009, que establece la extinción de dominio sobre: «... los hoteles, pensiones, hostales, residencias, apartahoteles y a los demás establecimientos que presten el servicio de hospedaje, cuando tales inmuebles hayan sido utilizados para la comisión de actividades de utilización sexual de niños, niñas y adolescentes».

De ahí que no cualquier hecho puede habilitar la aplicación de la extinción de dominio, pues, a pesar de que la norma hace alusión a «actividades ilícitas»²¹, la definición normativa aclara que, dentro de toda la gama de posibles ilicitudes, solamente aquellas seleccionadas por el legislador y que tienen la connotación de delito habilitan la declaratoria de extinción de dominio. La anterior denominación jurídica solo pretende el uso de un lenguaje neutro que permita preservar la autonomía e independencia de la acción extintiva frente al proceso penal, por lo cual el legislador, siguiendo las recomendaciones de la Ley Modelo de Extinción de Dominio, evitó al máximo el uso de términos o conceptos penales, para impedir cualquier interpretación que pueda generar confusión sobre la naturaleza jurídica del instituto o de traer al trámite extintivo, por vía de la integración normativa, los principios y garantías propias del Derecho Penal.

²¹ Resulta oportuno aclarar que la denominación «actividad ilícita» tiene una justificación semántica y no técnica, pues fue adoptada con la Ley 793 de 2002, norma que se caracterizó por evitar el uso de cualquier término propio del Derecho Penal, con el fin de superar una de las grandes deficiencias de la Ley 333 de 1996, la cual presentó enormes dificultades interpretativas, especialmente, por el uso de múltiples vocablos propios del Derecho Penal, que obligaban a integrar las disposiciones de la legislación extintiva, con las normas de dicha materia, afectando la autonomía e independencia del instituto. De ahí la necesidad de describir los delitos con una expresión que no fuera propia del Derecho Penal, frente a lo cual han surgido dos fórmulas: «actividad ilícita», utilizadas en las legislaciones de Colombia, Honduras, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, Ecuador, Venezuela; o «hecho ilícito», propias de la legislación mexicana y argentina, las cuales, de acuerdo con la evolución doctrinal y jurisprudencial del instituto, siempre han sido restringidas a la idea de delito penal. Desafortunadamente, la excepción la ha marcado la legislación peruana, donde ha prevalecido una corriente eficientista que, anclada en el rancio dogma positivista, ha acogido la interpretación literal de este término, extendiendo los alcances de la extinción de dominio a los ilícitos de carácter administrativo, lo que, a nuestro juicio, constituye una peligrosa e inadecuada interpretación que desconoce la naturaleza misma del instituto, que fue concebido para combatir la gran criminalidad de alto impacto económico, lo que incrementa potencialmente el riesgo confiscatorio, pues este tipo de interpretaciones terminan colocando a los actores del sector productivo, empresarial o industrial, al mismo nivel de la criminalidad de alto impacto económico.

Se debe precisar que la referencia normativa que hace la definición del artículo 1 a la verificación de una actividad tipificada como delictiva no condiciona su demostración a la tipificación de un hecho que se haga dentro del marco de un proceso penal, pues se debe recordar que, en los eventos de preacuerdos o negociaciones, el ejercicio de adecuación típica puede ser producto del consenso entre las partes²², razón por la cual, el operador jurídico a cargo del proceso de extinción de dominio, atendiendo al carácter autónomo del instituto, debe deducir la actividad ilícita de los hechos mismos del caso y no depender de la calificación obtenida dentro del proceso penal²³, pues con ello se correría el riesgo de generar un problema de idoneidad de la actividad ilícita para comprometer el bien. A su vez, también resulta de suma importancia tener claridad sobre la conducta típica específica que compromete el bien, pues, por ejemplo, para las causales de destinación ilícita en los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de que tratan

²² Ley 906 de 2004, artículo 346. Preacuerdo desde la formulación de imputación. «... El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico. 2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena».

²³ Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sent. N.º 417 del 2023, puntualizó lo siguiente: «Tal como lo señaló la Sala de Casación Civil, aun cuando el verbo rector definido en el proceso penal hubiera sido portar, “la realidad fáctica no podía desdibujarse como quiera que, de cara al material probatorio obrante, lo cierto era que los elementos bélicos eran almacenados en su heredad”. Dada la independencia entre las acciones de extinción de dominio y penal, no es dable para el juez de extinción de dominio circunscribir el análisis probatorio al verbo rector por el que se suscribió un preacuerdo, sino que por el contrario debe valorar integralmente el acervo probatorio que, en este caso, incluía los informes de investigación que dieron lugar posteriormente a las condenas penales (...) Al analizar el defecto fáctico alegado por la accionante, consistente en la indebida valoración de las condenas penales proferidas contra el señor L.H.G., la Sala enfatizó que la acción de extinción de dominio es autónoma de la acción penal. Por lo anterior, el alcance de las conductas ilícitas que fundamentan la acción de extinción de dominio no está condicionado por el verbo rector de la condena penal. Esta autonomía implica igualmente que el juez de extinción de dominio debe analizar integral e independientemente el acervo probatorio allegado al expediente, incluyendo las pruebas que dieron lugar a las condenas penales».

los artículos 365, 366 y 367 del Código Penal, no es lo mismo hablar de una actividad ilícita de «porte», donde su concreción de por sí no demanda la presencia o existencia de bienes, que invocar la conducta de almacenar, fabricar o conservar, donde la existencia de un bien o de una infraestructura logística para ello, resulta connatural con la propia conducta típica.

De otra parte, se debe resaltar que, si bien en la extinción de dominio no se protegen directamente bienes jurídicos, sí se requiere que alguno de ellos se haya vulnerado o puesto potencialmente en peligro, lo que ubica este elemento estructural en el plano de ser más una consecuencia jurídica del injusto penal (acción típicamente antijurídica), y no necesariamente del delito (acción típica, antijurídica, culpable y punible), ya que tan solo requiere para su acreditación la comprobación de la existencia de un hecho que pueda calificarse como típicamente antijurídico, sin que sea necesario acreditar los elementos de la culpabilidad, toda vez que esta es una de las principales características que derivan de su naturaleza jurídica y que es propia de los institutos de decomiso sin condena, lo cual constituye una de las principales diferencias entre la extinción de dominio y el tradicional comiso penal²⁴. Es de recordar que la razón de ser de la extinción de dominio fue precisamente la de poder contar con un instituto que permitiera superar todas las deficiencias del comiso tradicional²⁵ para alcanzar sus mismos fines,

²⁴ Se debe recordar que el legislador imprimió al comiso una naturaleza jurídica de sanción penal, al condicionar en los artículos 100 del Código Penal y 82 del Código de Procedimiento Penal, su procedencia sobre «los bienes del penalmente responsable».

²⁵ La principal razón que motivó la creación de la extinción de dominio como la adaptación de un instituto de decomiso sin condena fue precisamente la necesidad de superar las deficiencias del comiso penal tradicional, la mayoría de ellas presentadas en sede de culpabilidad, lo cual resultaba completamente ineficaz cuando se presentaba la extinción de la acción penal por muerte del investigado o prescripción del proceso; se absolvía al procesado por duda o insuficiencia probatoria; o los bienes se colocaban en cabeza de terceros ajenos al delito, personas jurídicas, o menores inimputables que estaban fuera del alcance del Derecho Penal; o la acción penal no podía adelantarse por la condición de fugitivo del investigado; o por operar algún fuero o inmunidad procesal; o por existir una terminación anticipada del proceso, o el reconocimiento de un criterio de oportunidad con inmunidad que impidiese adelantar la investigación patrimonial dentro del proceso penal, entre otros múltiples factores.

especialmente, cuando el proceso penal no lograba llegar a una condena, debido a la imposibilidad de demostrar la culpabilidad del titular del bien.

Sin embargo, se puede apreciar que este elemento estructural viene presentando una interesante evolución que lo va distanciando cada vez más de la noción del delito penal y lo va acercando al reconocimiento de un ilícito patrimonial propio de la extinción de dominio, que para el contexto nacional tiene el carácter de ilícito constitucional ligado al derecho de propiedad, elemento que es reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁶. Este elemento estructural también se ha concretado a través la noción mexicana de «hecho ilícito» o la argentina de «hecho ilícito penal», que en nuestro contexto es reconocido en materia de responsabilidad civil, el cual también depende de la existencia de un delito y cuya estructura, bien puede servir de referente para comprender de mejor forma el concepto de actividad ilícita en materia extintiva, ya que ambos institutos constituyen consecuencias jurídicas del delito, que se pueden declarar de forma autónoma del proceso penal e independiente de una condena y, en ambas figuras, el delito cumple una función de complementariedad y no de subordinación, pues estos dos institutos demandan la acreditación de otros presupuestos adicionales para su reconocimiento.

Se destaca además que, en el trámite de extinción de dominio, los presupuestos de reconocimiento son similares a los de hecho ilícito civil²⁷, pues en ambos se requiere: i. una conducta o hecho antijurídico, que para la extinción

²⁶ Al respecto, la Corte Constitucional señala: «La acción de extinción de dominio encuentra sustento en varias fuentes las cuales remiten a un título ilícito, destacando entre ellas, el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues “el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad”, sentencia N.º C-740 de 2003».

²⁷ Cfr. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo: *Instituciones de Derecho privado IV (Obligaciones)*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2008, pp. 198 y ss. En similar sentido, ISAZA DÁVILA, José Alfonso: *Inducción a la responsabilidad civil*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2011, pp. 35 y ss.

de dominio se encuentra definido en sus causales; ii. un daño, que en materia extintiva se representa en la lesión o quebrantamiento del orden jurídico derivado de los efectos negativos que genera el delito en materia patrimonial; un nexo causal que conecte el bien con el delito, que para efectos extintivos se concreta en el nexo de ilicitud que describe expresamente cada causal; y la acreditación de algún factor de atribución (no de imputación), el cual es exigido a través del nexo de relación contemplado en establecer el numeral 4 del artículo 118 que demanda establecer una conexión entre el titular del derecho y la causal extintiva, tema sobre el cual se profundizará en el siguiente capítulo al momento de abordar el análisis de los elementos y condiciones subjetivas.

De otro lado, se debe tener presente que el carácter autónomo que tiene la extinción de dominio respecto del Derecho Penal, en punto de la acreditación de la actividad ilícita, es de orden procesal y nunca sustancial, pues, a pesar de que esta característica permite que se pueda acreditar la existencia de la actividad ilícita por fuera de un proceso penal, es decir, durante el desarrollo de la investigación patrimonial que se adelanta en la fase inicial del trámite extintivo, ello no significa que el operador jurídico pueda prescindir de los criterios de dogmática penal que rigen su reconocimiento.

En otras palabras, la acreditación de la actividad ilícita como elemento estructural de la pretensión extintiva requiere que el ejercicio de adecuación típica y constatación de la antijuridicidad del hecho determinante no se realice de forma superficial o formal, sino de manera técnica y debidamente sustentada, pues son múltiples los temas de dogmática penal que pueden terminar incidiendo en la efectividad del trámite extintivo, como por ejemplo, cuando se comprueba algún instituto de imputación objetiva, como la existencia de una conducta neutral, u opera el principio de confianza o una prohibición de regreso; o se descarta el tipo subjetivo por ausencia de dolo o algún ingrediente subjetivo; o se comprueba una causal eximente de responsabilidad; o se verifica que el bien investigado se encuentra cobijado por un hecho que es objeto de cosa juzgada penal, que guarda identidad en cuanto al objeto, el sujeto o la causa con la pretensión de extinción de dominio, entre

otros aspectos dogmáticos que pueden incidir en el reconocimiento de este elemento estructural.

1.1.3. El nexo de ilicitud o circunstancia ilícita

El tercer elemento común a todas las causales hace relación a la descripción específica y concreta de la circunstancia de ilicitud patrimonial que recoge cada causal y que demanda la demostración de una conexión idónea entre el bien investigado y la actividad delictiva determinante, lo que se conoce como «nexo de ilicitud»²⁸ o «circunstancia ilícita», también llamado genéricamente «nexo causal»²⁹, el cual establece la condición antijurídica que sustenta el cuestionamiento de ilicitud de un bien, ya sea por su origen o su destinación ilícita. En otras palabras, el nexo de ilicitud constituye

²⁸ Algunas legislaciones hacen un énfasis especial en este elemento, como por ejemplo, la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Ecuador, que en el literal c. de su artículo 5 establece las «Condiciones para la extinción de dominio», para lo cual demanda, entre otros aspectos, que se acredite la existencia de un bien o bienes de origen o destinación ilícita; la existencia de una actividad ilícita, y un nexo «causal» de los dos elementos anteriores; en igual sentido el artículo 9 de la Ley Nacional de Extinción de Dominio de México que describe entre los elementos de la acción de extinción de dominio: «1. La existencia de un hecho ilícito; 2. La existencia de algún bien de origen o destinación ilícita; 3. El nexo causal de los dos elementos anteriores...»; de forma similar se prescribe en el literal d. del artículo 14 del Decreto Legislativo 1373 de Perú, que establece como un fin de la indagación patrimonial el de: «Recopilar los medios probatorios o indicios concurrentes y razonables que demuestren el vínculo o nexo de relación entre cualquiera de los supuestos para declarar la extinción de dominio, la actividad ilícita que corresponde y los bienes objeto de extinción de dominio».

²⁹ Se debe precisar que, técnicamente, el nexo de ilicitud es un vínculo «de relación» que permite conectar un bien con el delito, y no siempre presenta una conexión genética o de «causalidad», como suele reconocerse, pues no todos los presupuestos de extinción de dominio se sustentan en criterios de causa-efecto, pues estos solo son predicables de las causales de origen ilícito, pero no de las causales de destinación ilícita, en las cuales se debe verificar otro tipo conexión, a partir de nexos de relación funcional entre el bien y el delito, que se plantean en el plano de la relación de medio a fin, que verifica la función que cumple el bien para la materialización del delito, ya sea porque este se empleó como medio o instrumento para cometer el delito, o se destinó para su preparación o ejecución, o se empleó para actos de mezcla u ocultamiento de activos de origen ilícito.

un elemento objetivo-normativo de los presupuestos de extinción de dominio que actúa sobre el objeto (bien o derecho patrimonial) y va a definir claramente cuál es la contrariedad del bien con el ordenamiento jurídico, siendo el elemento esencial que permite distinguir una causal de otra, pues el legislador reconoció distintos nexos de ilicitud, algunos atendiendo al origen, cuando se puede establecer una «relación de causalidad» entre el bien y el delito determinante, por ser su producto, su objeto material, o el resultado de una transformación o conversión, o sus ganancias no justificadas; incluso, se extiende a los frutos de los bienes anteriores. Igualmente, se establecen nexos de ilicitud que verifican la existencia de una «relación funcional» del bien con el delito, ya sea porque un bien fue empleado como un medio o instrumento para cometer el delito, o porque se encuentra destinado o acondicionado para cometerlo, o porque está en función de mezclar u ocultar bienes ilícitos con otros de legítima procedencia.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que esta circunstancia ilícita o nexo de ilicitud se debe verificar desde una perspectiva real (*in rem*) y no personal, ya que la ilicitud que resulta relevante en materia de extinción de dominio y que conlleva el juicio de antijuridicidad en esta materia, es aquella que se predica del bien y no de su titular. Por ello, este nexo de ilicitud no se debe confundir con el nexo de relación de que exige el numeral 4 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio³⁰, toda vez que esta conexión desborda el plano objetivo y busca establecer una vinculación entre el titular de los derechos patrimoniales sobre el bien cuestionado y la causal extintiva, lo cual obliga a verificar algunas condiciones personales y demostrar la existencia de algún factor o criterio de atribución que permita «atribuir» la consecuencia jurídica de la extinción de dominio a un titular de derechos en un caso concreto, aspecto sobre el cual se profundizará más adelante.

1.1.3.1. Sobre la idoneidad del nexo de ilicitud

Uno de los aspectos más importantes del nexo de ilicitud es el relacionado con el estándar de idoneidad con el que se debe valorar este elemento, el cual

³⁰ «4. Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio».

demanda la comprobación de coherencia lógica entre la actividad delictiva determinante y el cuestionamiento de licitud del bien; es decir, no basta con acreditar cualquier relación formal entre el bien y el delito, pues se debe verificar que exista una relación que sustancialmente permita considerar que la actividad ilícita tiene realmente una aptitud jurídica para comprometer el bien con una causal de extinción de dominio³¹, pues no todo delito es idóneo para generar un producto o ganancia ilícita, y no todo uso o aprovechamiento de un bien constituye un ejercicio ilícito del derecho de propiedad que conlleve una relación funcional efectiva de medio a fin para cometer un delito, razón por la cual esta condición de idoneidad debe verificarse caso por caso.

Por ejemplo, si se investiga un bien de propiedad de un funcionario comprometido por el delito de peculado del artículo 397 del Código Penal,

³¹ Frente a este punto, la Sala de Extinción de Dominio del Tribunal Superior de Bogotá, puntualizó lo siguiente: «El establecimiento del vínculo que se echa de menos entre el uso del bien y el comportamiento ilegal del prenombrado, no puede quedar supeditado, como colige la funcionaria, a los criterios de imposición de la pena en el ámbito penal, donde, ciertamente, el enjuiciador al aplicar la ley, debe delimitar de acuerdo al agravio cometido, la aflicción con relación al daño social causado, a fin de restaurar la convivencia armónica de la sociedad y legitimar el ejercicio del *ius puniendi*, empero, dicha sistemática no puede extenderse a esta especialidad, como pareciera exigirlo la providencia consultada, pues de tiempo atrás se ha descartado el carácter punitivo de la presente acción (...) En ese orden de ideas, sin mayor esfuerzo, siguiendo la línea de los postulados deontológicos reseñados, puede notarse que no es posible excluir la consecuencia extintiva dentro del *sub iudice*, por el hecho de que el uso de la motocicleta en la que se movilizó H.J. para cobrar una extorsión, a juicio de la *a quo*, no era condición necesaria para el resultado típico, a más de que no causó un “daño a la autonomía personal y al patrimonio de la víctima”. No solo porque incurre nuevamente la falladora en suprimir el carácter autónomo de la *litis* aquí estudiada, sino también, porque desconoce que este instrumento guarda estrecha relación con la política criminal del Estado, la cual, no se agota en lo “penal, pues comprende un espectro estructural y funcional que desborda el marco del sistema penal ya que vincula a todas las ramas del Poder Público y a la sociedad en que tal poder se ejerce”. Así, lo único que correspondía era constatar si el ciudadano, con arreglo al derecho constitucional de la propiedad, utilizó su bien preservando el orden jurídico, de suerte que, de no proceder así, el activo debe volver a ser funcional a los intereses del Estado y la sociedad, a través de la extinción». Fallo de Consulta del 09-07-24, radicado 50001312000120190002802.

el nexo de ilicitud sería idóneo, si el nexo de causalidad de la actividad ilícita determinante guarda conexión con la modalidad de peculado por apropiación; sin embargo, si la modalidad acreditada es la de peculado a favor de terceros, cualquier vinculación de un bien del funcionario comprometido podría verse afectada por la falta de idoneidad del nexo de ilicitud, pues en este evento se entendería que el incremento patrimonial se dio en cabeza del tercero y no sería idóneo o coherente cuestionar los bienes del funcionario por la vía extintiva.

También puede presentar reparos de idoneidad la pretensión de extinción de dominio que se dirige sobre una casa donde solo se dio una reunión en la cual los asistentes expresaron un acuerdo para cometer delitos pues, en principio, el tipo base de concierto para delinquir descrito en el inciso 1 del artículo 340 del Código Penal no demanda el uso de bienes inmuebles para su tipificación. Situación distinta se presentaría si en el inmueble investigado se ubicasen campamentos, polígonos de tiro, armerías y en él permanecieran de forma permanente gran parte de los integrantes de un grupo criminal, quienes lo usan como «base de operaciones», toda vez que dichas objetividades sí permiten predicar la idoneidad suficiente para acreditar que el bien sí guarda una relación funcional concreta con alguna de las modalidades destacadas en las circunstancias de mayor punibilidad del inciso 2 de dicho tipo penal.

2. Aspectos subjetivos que determinan el nexo de relación

Como se mencionó anteriormente, para que un juez declare la extinción de dominio, no es suficiente con la verificación de una causal, que implica la constatación de los elementos objetivos analizados hasta el momento, sino que, además, requiere realizar un juicio de atribución de esta consecuencia jurídica, para lo cual debe verificar aquellos elementos de orden personal o subjetivo que permiten establecer un vínculo entre el titular de derechos sobre el bien pretendido y la causal extintiva, de acuerdo con la expresa exigencia que hace el numeral 4 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, que establece como un objetivo primordial de la fase inicial el de recaudar los elementos de juicio necesarios para: «Acreditar el vínculo

entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y las causales de extinción de dominio».

Por ello, si bien se dice que la acción extintiva es de carácter real, ello no quiere decir que para su reconocimiento baste con que la fiscalía demuestre que un bien se encuentra comprometido con alguna o varias de las causales de que trata el artículo 16 del Código de Extinción de Dominio, pues en materia de extinción de dominio no se discute la simple relación del bien con el delito, ya que el cuestionamiento trasciende al debate constitucional sobre la licitud del derecho de propiedad, ya sea para determinar si el titular lo adquirió con un justo título, como lo demanda expresamente el artículo 58 de la Constitución Política, presupuesto *sine qua non* de la protección constitucional, evento en cual se determina si el derecho de propiedad nace o no a la vida jurídica; o si el derecho de propiedad se ejerció de acuerdo con las expectativas de comportamiento acorde con el cumplimiento de las obligaciones que emanan de la función social y ecológica del derecho de propiedad establecidas en la misma norma constitucional.

De ahí que, para que proceda la declaratoria de extinción de dominio, se requiere verificar algunas condiciones personales mínimas, con relación al titular de los derechos sobre los bienes pretendidos, además de la constatación de algún factor o criterio de atribución que permita demostrar la existencia de ese vínculo de relación entre el titular y la causal extintiva.

2.1. Condiciones personales de atribución

Como quiera que el conflicto en materia de extinción de dominio se centra en determinar la validez del derecho de propiedad o en la legitimidad de cómo este se ejerce, el Código de Extinción de Dominio establece, en su artículo 118, no solo el deber de identificar bienes comprometidos en una causal extintiva (numeral primero), sino que además exige: «Identificar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en una causal de extinción de dominio y establecer el lugar donde podrán ser notificados, cuando los haya». Con ello, se pretende que la pretensión extintiva brinde claridad sobre dos aspectos en particular: en primer lugar, establecer cuáles

derechos patrimoniales existen sobre el bien, es decir, cuáles derechos se encuentran en discusión, identificando quiénes son sus titulares; y, en segundo lugar, determinar cuál es la capacidad jurídica con que dichos titulares actúan, pues se requiere realizar frente a ellos un juicio de atribución (numeral 4), siendo necesario reconocer su legitimación procesal y garantizar debidamente sus derechos de contradicción, oposición y defensa, para lo cual la norma le impone el deber a la fiscalía de investigar cuál es el lugar donde puedan ser localizados, para poder notificarlos de forma eficaz e integrar debidamente el contradictorio.

2.1.1. Titularidad de derechos

La extinción de dominio reconoce que sobre un mismo bien pueden existir distintos derechos y cada uno de ellos puede estar en cabeza de una misma persona o de personas diferentes y, por tanto, los presupuestos o causales de extinción de dominio pueden afectar todos los derechos de contenido patrimonial que existen sobre un bien o tan solo sobre una parte de ellos. Sería el caso, por ejemplo, de la hacienda adquirida a través de una herencia a favor de cinco hermanos, en la cual, además de los derechos de dominio que ostenta cada uno de los copropietarios, puede existir un derecho de uso y habitación constituido a favor de alguno de los ancestros de la familia; un derecho de hipoteca garantizando un crédito hipotecario a favor de una entidad financiera; un derecho de usufructo sobre una porción de la hacienda a favor de un tercero que desarrolla allí un cultivo agrícola; un derecho de anticresis sobre otra porción de terreno a favor de un acreedor anticrético, o una posesión regular de un pequeño lote de la hacienda ejercida por un tercero donde funciona un local comercial informal, entre otros.

Es claro que, en el evento de que alguno de los titulares abuse o ejerza mal su derecho utilizando el bien para una actividad ilícita, el poseedor, por ejemplo, que destina su local para vender sustancias ilícitas, ello no quiere decir que automáticamente se «contamina» todo el bien o quedan comprometidos los derechos patrimoniales de los demás titulares, como si se tratara de un bien «condenado» pues el nexo de relación de que trata el numeral 4 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio no es predicable de

todos ellos y, por ende, la afectación de la totalidad del bien, sin tener en cuenta los derechos en juego, podría atentar contra el principio de proporcionalidad, pues las relaciones jurídicas que puede tener una persona respecto a un bien pueden ser muy distintas, especialmente, cuando se tienen presentes los atributos de la propiedad³², y la distinción de los conceptos de propietario, poseedor y tenedor, ya que cada derecho le concede capacidades distintas a cada titular frente al bien, cobrando aquí una especial relevancia el principio *nemo plus iuris*³³, mediante el cual nadie puede transferir o, en este caso, disponer de más derechos de los que realmente ostenta.

Por tanto, la obligación que impone el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio de establecer los derechos que existen sobre un bien e identificar quiénes son sus titulares resulta de suma importancia para comprender la forma de cómo opera el principio de proporcionalidad en materia extintiva, toda vez que aquí no se pueden aplicar los mismos criterios de proporcionalidad que se manejan en el Derecho Penal, pues allí la consecuencia jurídica va a estar determinada por la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad del acusado (cláusula de rigor)³⁴, lo que permite manejar la «pena» en un

³² La valoración de la situación jurídica de un titular de derechos respecto a un bien no puede realizarse sin tener presente los atributos inherentes al derecho de propiedad: el *ius utendi*, o derecho de uso y disfrute del bien, que le permite exigir al titular la exclusión de su uso a terceros; el *ius fruendi*, o derecho de goce, usufructo o aprovechamiento económico del bien y; el *ius abutendi* o derecho de disposición, pues a partir de ellos se va a definir el objeto y los límites de las causales extintivas, además de reconocer las garantías de protección de los derechos de terceros que se puedan ver afectados con la pretensión correspondiente.

³³ Sobre el particular, LUJAN, Manuel: «La regla *nemo plus iuris*, la extinción de dominio y la imprescriptibilidad de la acción». En: *Nuevo Enfoque, Revista especializada en extinción de dominio*. N.º 1. Lima, 2021, p. 72, destaca que «... en virtud de dicha regla a nadie se le permite transferir algo que nunca fue suyo, por la misma razón cualquier adquisición con dineros ilícitos no podría existir, ya que la misma posesión de tal riqueza sería ilegítima, lo que revela la aplicación de dicha regla».

³⁴ Con relación al comiso se reconoce como un criterio de proporcionalidad penal la denominada «cláusula de rigor», la cual es explicada por CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: «El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas». En: *Estudios de Derecho Judicial*. N.º 28. Madrid, 2000, p. 340, en los siguientes términos «... también para el comiso el legislador ha establecido un

rango de mínimos y máximos e incidir en estimaciones de ponderación de la pretensión del comiso penal frente al valor, proporción o extensión del bien. En cambio, en materia de extinción de dominio no es posible trabajar con esos extremos valorativos (mínimos y máximos-leves y graves), como quiera que la pretensión extintiva no se centra en la conducta delictiva, ni mucho menos repara en la gravedad de la lesión o daño ocasionado con el delito, sino que se concentra en el debate jurisdiccional frente a la legitimidad o validez del derecho patrimonial, en cuanto a la verificación de si el derecho nace o no a la vida jurídica (licitud de su origen) o si el derecho patrimonial se ejerce o no lícitamente (licitud de la destinación), sin que exista la posibilidad de que la consecuencia jurídica pueda ser segmentada, medida o determinada a través de mínimos o máximos, pues, independientemente de la intensidad del daño, el grado de lesividad de la conducta, o el nivel de compromiso de culpabilidad del titular del bien, la consecuencia jurídica siempre va a ser una sola: la extinción del derecho.

2.1.2. La capacidad de goce y ejercicio

La segunda condición personal que debe ser considerada para realizar el correspondiente juicio de atribución tiene que ver con la capacidad de goce y ejercicio que tenga quien ostente el derecho patrimonial, pues, como bien se ha resaltado en este análisis, técnicamente la extinción de dominio no extingue bienes, sino derechos de contenido patrimonial (causales de destinación), o se declara la apariencia de un supuesto derecho (causales de origen), razón por la cual el objeto de cuestionamiento que se realiza a través de la pretensión extintiva no recae sobre el bien en su sentido ontológico, sino sobre el derecho o los derechos patrimoniales que existen sobre el mismo. De ahí la importancia de la carga procesal que se impone en el citado numeral 3

correctivo derivado del principio de proporcionalidad. Nos referimos a la cláusula de rigor contenida en el artículo 128 del Código Penal, a cuyo tenor, “cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el juez o tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”. Se trata, pues, de una moderación de la consecuencia derivada de la responsabilidad por el hecho».

del artículo 118 del estatuto extintivo de identificar claramente a todos los posibles titulares de derechos sobre los bienes investigados, labor que no se debe hacer de manera formal, sino sustancial, verificando la capacidad de goce y ejercicio de tales derechos; es decir, corroborando que el titular cuente con la aptitud legal para ser reconocido jurídicamente como tal y constatando que efectivamente dicho titular se encuentra facultado para ejercer o disponer de los derechos que ostenta.

Lo anterior, como quiera que la extinción de dominio parte de la idea de que el afectado es un ser consciente que cuenta con total capacidad para ser titular de derechos y poder disponer de ellos, y salvo los casos de incapacidad jurídica (o inimputabilidad) o los eventos de afectación de su ejercicio por un consentimiento viciado (coacción o error), cualquier ciudadano que esté razonablemente integrado en la sociedad debe estar en capacidad de comprender lo bueno y lo malo con relación a las formas de adquirir el derecho de propiedad o de la forma de como dicho derecho se ejerce. Esta presunción de capacidad jurídica, que también es acorde con el respeto a la dignidad humana (artículo 2 del Código de Extinción de Dominio), tiene una especial incidencia para establecer el vínculo o nexo de relación entre el titular y la causal o presupuesto de extinción de dominio exigido en el citado numeral 4 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, pues, para lograr acreditar algún factor de atribución, se requiere constatar que el titular del bien hubiese actuado con capacidad de goce y ejercicio.

Se tiene así, por ejemplo, que si un bien de legítima procedencia producto de una herencia que se encuentra en cabeza de un infante que solo tiene capacidad de goce y no de ejercicio es utilizado ilícitamente por sus padres o tutores para alguna actividad delictiva, la extinción de dominio sería improcedente, pues, a pesar de que objetivamente existe un vínculo de ilicitud entre el bien y el delito, lo que, a primera vista, podría enmarcarlo bajo una posible causal de extinción de dominio, al momento de verificar el nexo de relación que exige el numeral 4 del artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, en concordancia con los artículos 3 y 7 del mismo estatuto, se puede advertir que no es posible vincular al menor, titular del derecho, con la causal

extintiva, toda vez que el vínculo solo compromete a los padres o tutores, quienes no guardan ninguna relación jurídica o titularidad sobre el bien. En este caso, la destinación no se deriva de un acto de uso o disposición ilícita del bien de parte de su titular, pues el menor, al solo poseer capacidad de goce de su derecho y ser incapaz para ejercerlo, no se le puede cuestionar por el indebido o abusivo ejercicio de su derecho en contravía de las obligaciones que emanan de la función social y ecológica que debe cumplir el derecho de propiedad, ni mucho menos acreditar algún factor subjetivo de atribución en su contra (dolo, culpa, mala fe, creación de riesgo, etc.), debido a su evidente incapacidad para actuar.

También es importante aclarar que, si bien en las causales de origen ilícito basta con acreditar la capacidad de goce de derechos por parte del titular, pues este tipo de presupuestos se sustentan en normas objetivas de valoración que solo demanda verificar si el acto jurídico a través del cual se originó el derecho cumplió o no con los presupuestos para nacer o no a la vida jurídica, en las causales de destinación ilícita de bienes, dicha capacidad no es suficiente, pues aquí lo que más resulta relevante es la capacidad de ejercicio, y, en particular, la capacidad de uso y disposición, pues en este tipo de causales existe un límite jurídico al ejercicio de la capacidad dispositiva del bien, que es el respeto del orden jurídico y el derecho ajeno, límite que constitucionalmente queda recogido dentro de la obligación de respetar la función social y ecológica que debe cumplir el derecho de propiedad.

Por lo anterior, para que proceda la extinción de dominio por una causal de destinación ilícita, no basta con que una persona utilice un bien para actividades delictivas que atentan contra la misma sociedad, sino que, además, demanda que dicho acto sea realizado por alguien que ostente la capacidad de uso o disposición sobre el mismo; es decir, quien pueda disponer jurídicamente del bien o, en otras palabras, sobre quien recae el deber constitucional de cumplir con las obligaciones constitucionales que emanan de la función social de la propiedad, pues los actos que tienen que ver con el cumplimiento de dichas limitaciones solo pueden predicarse de quienes tengan la capacidad de goce y ejercicio sobre el respectivo bien, es decir, quienes ostenten el *ius*

utendi o el *ius abutendi*. De ahí que no es jurídicamente correcto trasladar las obligaciones constitucionales que emanan de la función social y ambiental de la propiedad a quienes ostentan relaciones jurídicas precarias sobre el bien, como, por ejemplo, poseedores o tenedores, o exigirlos de quienes no ostentan ningún vínculo jurídico con el bien, como empleados, clientes, pasajeros, visitantes, usuarios, etc., como quiera que dichos deberes constitucionales solo les son exigibles a los propietarios o titulares de derechos.

2.2. Factores de atribución en extinción de dominio

El Código de Extinción de Dominio es enfático en reconocer a la buena fe como uno de los principales límites y fundamentos de la extinción de dominio, la cual se establece como un criterio rector y una garantía del procedimiento en su artículo 7³⁵ y, a su vez, se impone como parámetro de verificación y presupuesto de procedencia, al exigir en el numeral 5 del artículo 118 de dicho estatuto que la Fiscalía, durante la fase inicial, cumpla con el deber de «Buscar y recolectar las pruebas que permitan inferir razonablemente la ausencia de buena fe exenta de culpa», con lo cual no solo resalta la enorme importancia que tiene el componente subjetivo en materia de extinción de dominio, desvirtuando la posibilidad de que, en aquellos casos donde se tiene un titular conocido, la extinción de dominio proceda atendiendo solo con la comprobación de los elementos objetivos que determinan la existencia de la causal, sino que, además, establece la necesidad de acreditar algún factor de atribución (no de imputación³⁶), que permita desvirtuar la presunción

³⁵ Que acoge como norma rectora la presunción de buena fe en los siguientes términos: «Se presume la buena fe en todo acto o negocio jurídico relacionado con la adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa».

³⁶ La finalidad de la extinción de dominio, dada su naturaleza jurídica, no es la de entrar a reprochar comportamiento alguno, o hacer juicios de imputación de una conducta ilícita, pues, como bien resalta MERINO MENJÍVAR: ob. cit. (*La extinción de dominio...*), *passim*, la consecuencia es patrimonial y no personal, y con ella no se busca ningún tipo de sanción o castigo, sino, simplemente, la recomposición del orden jurídico que se ve quebrantado por los efectos patrimoniales que se derivan del delito, lo cual se logra de forma independiente a cualquier juicio de reproche que pueda hacerse en contra del titular en la órbita personal.

de buena fe y establecer el mencionado vínculo o nexo de relación entre el titular del bien y la causal extintiva.

Por tanto, los factores de atribución constituyen el elemento axiológico o valorativo a través del cual el ordenamiento jurídico logra atribuir la consecuencia jurídica de la ilicitud patrimonial a un titular de derecho sobre un bien comprometido en una causal de extinción de dominio en un caso concreto, pues, como se viene mencionando, para que proceda la declaratoria de extinción de dominio, no basta solo con acreditar el nexo de ilicitud entre el bien y la actividad ilícita determinante, pues ello solo queda en el plano objetivo de la demostración de la causal, sino que, además, se requiere vincular al titular de derechos patrimoniales sobre el bien con la causal invocada, para lo cual se suele acudir a diversos factores de atribución, objetivos y subjetivos, que permiten adjudicar la consecuencia jurídica de la extinción de dominio a un titular real o aparente de derechos patrimoniales sobre un bien cuestionado en cuanto a su origen o destinación.

Sin embargo, se debe precisar que los factores o criterios de atribución difieren si el afectado es una persona natural o una persona jurídica y, por tanto, constituye una mala práctica aplicar los mismos factores de atribución propios de las personas físicas a las personas morales, o viceversa, pues, al ser estas últimas entidades jurídicas que actúan a través de sus representantes u órganos de dirección o administración, la atribución de un comportamiento negligente o imprudente de uno de sus empleados o funcionarios no siempre va a comprometer a toda la entidad, pues ese proceso de vinculación va a demandar una carga probatoria muchísimo más alta y específica por parte de la Fiscalía.

2.2.1. De los factores de atribución respecto a las personas naturales

La extinción de dominio adopta estos criterios del Derecho Civil por vía de la integración normativa (numeral 4 del artículo 26 del Código de Extinción de Dominio), donde tienen un amplio desarrollo histórico en punto de su reconocimiento con relación a las personas naturales donde, a través de objetividades, se pueden acreditar ciertos factores o criterios de atribución que permiten desvirtuar la presunción de buena fe, tomando, como referentes

normativos, dos elementos subjetivos en particular: un dolo específico, con relación a la ilicitud patrimonial, que para efectos de la extinción de dominio se va a asimilar a la «mala fe»³⁷; y una culpa objetiva que actúa como moduladora de la presunción de buena fe, para lo cual se impone la obligación de confirmarla o desvirtuarla en el numeral 5 del mencionado artículo 118 del Código de Extinción de Dominio³⁸.

Se debe recordar que el dolo no es un elemento exclusivo del Derecho Penal, toda vez que en materia civil también se reconoce y verifica a través de los mismos componentes (artículo 63 del Código Civil), cognitivo y volitivo, pero se diferencia en cuanto al objeto de cognición, ya que en materia de extinción de dominio se va a centrar en el conocimiento que tenga el afectado de la contrariedad del bien con la norma a través del nexo de ilicitud, es decir, de la relación causal o funcional que tiene el bien con el delito determinante, sin necesidad de entrar a verificar el conocimiento exigido por el Derecho Penal sobre los elementos del delito.

Con relación a la culpa, esta se verifica, ya sea desde su perspectiva psicológica, a través de la constatación de actos imprudentes o negligentes que generan o incrementan el riesgo en la adquisición o destinación ilícita de bienes o, desde su perspectiva normativa, tomando como parámetro de referencia el deber de cuidado o la debida diligencia que se deriva de las expectativas de comportamiento frente al respeto de la Constitución y la ley; la

³⁷ Resulta oportuno aclarar que en ningún momento se pretende tomar el concepto de dolo como sinónimo de mala fe, pues tanto la jurisprudencia como la doctrina son enfáticas en resaltar que son dos figuras muy diferentes. Sin embargo, las primeras legislaciones de extinción de dominio, incluyendo la Ley Modelo de Extinción de Dominio, solo reconocía como límite subjetivo la buena fe exenta de culpa, razón por la cual la acreditación de la ausencia de este elemento, ya sea por un conocimiento directo de la ilicitud patrimonial o por el incumplimiento de los deberes de cuidado o de debida diligencia, se tomaban por igual, como actos de «mala fe».

³⁸ Esta carga responde a la necesidad de desvirtuar la presunción de buena fe establecida en el artículo 7 del Código de Extinción de Dominio, el cual lleva implícita las reglas generales de dicha presunción que se establecen en el artículo 769 del Código Civil, que prescribe que «La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse».

observación de reglamentos protocolos, manuales de prevención de riesgos, políticas de *compliance* o de ética empresarial; la costumbre comercial en la celebración de negocios; o los modelos clásicos del buen hombre de negocios o del hombre prudente y diligente frente a un riesgo de ilicitud patrimonial, entre otras fuentes, según el caso, para lo cual se deberá verificar siempre que la ilicitud patrimonial que se cuestione, según la causal, se derive directamente del incumplimiento de los deberes de cuidado o de debida diligencia exigibles para el caso en concreto, desvirtuando que ellos no respondan a otra causa no atribuible a quien se encontrare obligado. Igualmente, en los trámites de extinción de dominio también se suelen reconocer como factores de atribución aquellas formas de culpa por el hecho ajeno, como la culpa *in eligiendo*, *in vigilando*, *in contrahendo* o *in custodiando*, especialmente, en lo que hace relación a las causales de destinación ilícita.

También tiene cabida en la extinción de dominio el uso de factores objetivos de atribución, como la creación de riesgos (o injerencia), los cuales se suelen asociar tanto a las causales de origen como de destinación, cuando la relación causal o funcional del bien con el delito está determinada por vínculos de parentesco, dependencia o subordinación del titular del bien con quienes tienen algún compromiso de responsabilidad con la actividad ilícita determinante; o se realizan actos que puedan generar un incremento potencial del riesgo de ilicitud patrimonial que pueda comprometer el bien, como por ejemplo, cuando se realizan negocios con personas que se encuentran privadas de la libertad, o se nombran en cargos de responsabilidad de una sociedad o de un negocio a personas con notorios nexos delictivos, o se adquieren bienes sin verificar su ubicación, condición actual o existencia, entre otros múltiples eventos similares.

2.2.2. De los criterios de atribución aplicables a las personas jurídicas

Con relación a las personas jurídicas, se debe resaltar que, si bien, al principio, este instituto trabajó con los mismos factores de atribución de las personas naturales, la evolución que ha tenido el tema durante el presente siglo ha llevado a pasar de adaptaciones específicas de formas de culpa predicables tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas,

como la *culpa in contrahendo*, *in eligiendo*, *in vigilando* o *in custodiando*, las cuales se constataban frente a aquellos riesgos que eran comunes junto con las personas naturales, generalmente de orden comercial y registral (buena fe, creencia), hasta llegar a la adopción de estándares objetivos de debida diligencia más específicos; primero, a través de las obligaciones sistémicas de prevención de actividades delictivas impuestas a ciertas entidades jurídicas del sector financiero desde 1990 a través de las 40 recomendaciones del GAFI, desarrolladas a través de los programas de cumplimiento SIPLAFT, SARLAFT, SAGRILAFT, etc. las cuales se han venido extendiendo desde el 2012 a otros actores del sector real, como las entidades relacionadas con las actividades profesionales no financieras designadas (APNFD), o a las empresas del sector privado obligadas a adoptar medidas para prevenir actos de corrupción, de acuerdo con las pautas de transparencia y ética empresarial señaladas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, y acogidas en Colombia a través de la Ley 1778 de 2016 modificada por la Ley 2195 de 2022, las cuales generan ciertas expectativas de comportamiento conforme a los deberes de debida diligencia que deben observar todos aquellos sujetos obligados a identificar, controlar y mitigar los posibles riesgos de actividades ilícitas, los cuales constituyen un referente objetivo para comprobar o desvirtuar un proceder conforme a la buena fe exenta de culpa en un caso en particular.

De ahí que, en la actualidad, los factores de atribución predicables de las personas naturales no sean los mismos que vinculan a las personas jurídicas, pues, frente a estas, las cargas probatorias de la investigación patrimonial deben ser más altas, pues, para acreditar si se cumplió o no con las expectativas de la debida diligencia, no se puede acudir a simples apreciaciones o conjeturas de orden subjetivo del ente investigador, pues, para ello, el ordenamiento jurídico ya ha impuesto deberes específicos de identificación, control o mitigación de riesgos, estableciendo obligaciones sistémicas para la prevención de delitos en distintas actividades económicas o productivas.

Por ello, para poder atribuir la consecuencia de la extinción de dominio sobre un bien ilícito perteneciente a una persona jurídica, se requiere definir

previamente: qué obligaciones de evitación de riesgos recaen sobre el ente jurídico; qué empleado, oficina o dependencia tenía la obligación de identificar o mitigar el riesgo en la adquisición de sus bienes, o respecto de quién recaía el deber de verificar, vigilar o custodiar el correcto uso o destinación de los mismos; además, se debe indicar de dónde se deriva la existencia del deber específico de actuar para identificar, controlar o mitigar un riesgo determinado o cuál es la fuente del deber de debida diligencia específico, o indicar, por lo menos, cuál fue el defecto orgánico que generó el riesgo de adquisición o destinación ilícita del bien.

Adicional a lo anterior, se requiere verificar si el empleado, directivo o funcionario actuó con capacidad para comprometer o no a la persona jurídica (factor o hecho vinculante), o si, por el contrario, el vínculo con la causal es producto de un abuso o extralimitación en sus funciones, pues, en materia de extinción de dominio, la observancia de los deberes de debida diligencia no son distintos a los que se suelen manejar actualmente en otras áreas del Derecho, como el Civil, Penal o Administrativo, para lo cual se deben comprender los fundamentos de responsabilidad por el hecho propio de los entes jurídicos, tema que ha sido expuesto en términos sencillos por la doctrina de la siguiente manera:

La responsabilidad autónoma de las personas jurídicas compatible con el principio de culpabilidad se configura conforme al modelo de responsabilidad por el hecho propio: el injusto corporativo se fundamenta en la generación por parte de la entidad jurídica de condiciones materiales determinantes para la comisión de delitos específicos en su seno, beneficiándose de los mismos, evidenciando un defecto estructural en su organización incompatible con una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal³⁹.

De ahí que a las personas jurídicas no se les pueda aplicar los mismos factores subjetivos de atribución que se manejan con relación a las personas

³⁹ MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel: *Lavado de activos y criminalidad empresarial*. Jurista Editores. Lima, 2023.

naturales, pues, dada su naturaleza jurídica y estructura orgánica, los factores de atribución van a estar determinados por el incumplimiento de deberes específicos de debida diligencia que le son propios de acuerdo con las obligaciones de prevención, mitigación o evitación de riesgos que les impone el ordenamiento jurídico, de acuerdo con su naturaleza, actividad económica o área en que se desarrollan, razón por la cual el examen de debida diligencia se determina caso por caso, teniendo como principal referente el criterio de la buena fe exenta de culpa.

2.2.3. De la atribución de la consecuencia jurídica sobre bienes en cabeza de terceros

Para comprender los factores de atribución que se pueden predicar con relación a los terceros, se debe tener en cuenta que la situación jurídica de ellos es muy distinta a la de aquellos titulares «delincuentes» o de mala fe, pues respecto de ellos no se cuestiona si su derecho patrimonial nace o no a la vida jurídica, pues su relación con las causales no es directa, ya que el problema jurídico que los vincula es el del denominado «dominio incompleto» o «falsa tradición», a través del cual quien figura como dueño de un bien que es transferido al tercero, realmente no era titular de derechos sobre el mismo. Lo anterior, atendiendo a los fundamentos de legitimación de la extinción de dominio, que impide reconocer la consolidación de derechos a través de un título injusto, es decir, toda vez que el delito no puede generar derechos y, por tanto, en virtud del mencionado principio *nemo plus iuris*, quien figura como aparente titular, no podría traspasar un derecho que jamás ha tenido. De ahí que el nexo de relación que compromete los derechos de los terceros no sea un vínculo directo con la causal extintiva, sino un nexo indirecto, que se constata a través del criterio de la buena fe calificada u objetiva⁴⁰.

⁴⁰ Tanto la jurisprudencia especializada como la doctrina internacional coinciden en reconocer que hay dos clases de buena fe: la buena fe simple y la buena fe calificada o creadora de derecho, conocida también como objetiva o exenta de culpa, siendo esta última la que por consenso general ha sido adoptada dentro del trámite extintivo, pues se predica generalmente del tercero adquirente que recibe el bien de alguien que carece de un justo título, sin que existiese la posibilidad de advertir sobre el carácter ilícito de su origen.

De ahí que la buena fe exenta de culpa se reconozca como el principal elemento subjetivo de la extinción de dominio y constituya, a su vez, su límite natural⁴¹, ya que la constatación de un proceder acorde con las expectativas que este estándar genera permitirá reconocer en el tercero el nacimiento de un derecho nuevo, derivado de su recto proceder conforme a la Ley, que permite que este sea reconocido como un verdadero propietario, pues, como bien destaca el profesor MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «... es muy importante aclarar que no se trata en este caso de una buena fe que subsane, limpie, lave o repare los vicios o defectos de la tradición. Se trata de una buena fe que da origen a un derecho nuevo, digno de reconocimiento y protección jurídica. Un derecho que no se deriva en un acto de tradición o transferencia, sino en la buena fe cualificada con que actuó el sujeto»⁴².

Por esta razón, si un ciudadano, que sin conocer la ilicitud que compromete un bien, lo adquiere cumpliendo con las expectativas de un proceder acorde con la buena fe exenta de culpa, es decir, realizando los actos de debida diligencia que la transacción le demanda, el vicio de ilicitud que subyace no le puede ser trasladado y surge para él un nuevo derecho que debe ser objeto de protección constitucional. Cabe recordar que la extinción de dominio no fue concebida para investigar o perseguir a los terceros que se consideren imprudentes o negligentes, porque la circunstancia que compromete su derecho siempre va estar por fuera del conflicto propio de la extinción de dominio; además, porque ser tercero «imprudente o negligente», no es una causal de extinción de dominio que justifique el inicio de una investigación, razón por la cual la situación de los terceros de buena fe no deben valorarse a través de un juicio de reproche de su comportamiento, sino que exige un tratamiento especial de valoración desde la perspectiva de una acción declarativa, para

⁴¹ Con relación a los efectos de la buena fe exenta de culpa, esta puede apreciarse desde dos puntos de vista: el primero, con relación a las causales de origen ilícito, donde sus efectos van a permitir la constitución de un nuevo derecho y, en segundo lugar, con relación a las causales de destinación ilícita de un bien, en el cual este componente subjetivo actúa como límite y excluye la posibilidad de declarar la consecuencia jurídica de la extinción de dominio.

⁴² MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro: «La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia». En: *La extinción de dominio en Colombia*. UNODC. Bogotá, 2015, p. 15.

reconocer si en un caso en particular, bajo determinadas condiciones, se podía declarar la existencia de un derecho nuevo, por efectos del reconocimiento de los presupuestos de la buena fe exenta de culpa.

Por ello, resulta de suma importancia comprender que para poder determinar si una persona, natural o jurídica, procedió de acuerdo con las expectativas de la debida diligencia, es decir, si actuó de buena fe exenta de culpa, resulta recomendable realizar un «pronóstico objetivo posterior»⁴³, mediante el cual el operador judicial debe realizar un ejercicio de valoración y colocarse en la posición del adquirente al momento en que se realizó el acto jurídico cuestionado y verificar hipotéticamente, si de acuerdo con los hechos y la información que tenían disponible para ese momento, dicha persona, o cualquier otra en similares circunstancias, hubiesen podido detectar, en clave de probabilidad (no basta la posibilidad), que el bien que estaba adquiriendo se encontraba comprometido o no en una causal de extinción de dominio. En otras palabras, para determinar si un tercero actuó o no de buena fe exenta de culpa, se debe demostrar que estaba en capacidad real de poder identificar el origen ilícito del bien que negociaba, a partir de las exigencias del deber de cuidado o debida diligencia imperante en el lugar y momento de la negociación.

Conclusiones

La investigación patrimonial no es una simple etapa procesal abierta para que la Fiscalía, apoyada por sus organismos de investigación, se limite a identificar

⁴³ Frente a este punto, compartimos la posición de MARTÍNEZ SÁNCHEZ, quien resalta la utilidad de la metodología del pronóstico objetivo posterior (POP) para determinar si una persona actuó o no con buena fe exenta de culpa, la cual ha sido explicada por el Derecho Penal en clave de causalidad, al indicar que: «La cuestión, polémica durante largo tiempo, sobre el punto de vista desde el que ha de realizarse el juicio de adecuación (*¿ex ante?*, *¿ex post?*, ¿desde el punto de vista del autor o de un tercero?, ¿sobre qué base científica?) actualmente se ha aclarado en el sentido del llamado pronóstico (prognosis) objetivo-posterior: el juez debe colocarse posteriormente (o sea en el proceso) en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico y además del saber especial del autor», ROXIN, Claus: *Derecho Penal – parte general*. T. I. Civitas. Madrid, 1997, p. 360.

los bienes en cabeza de un delincuente o de sus allegados, sino que constituye un verdadero ejercicio metodológico y técnico orientado por unos objetivos previamente definidos en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio, que le permiten conocer cuáles son aquellos hechos de relevancia jurídica con los cuales se puede construir la teoría del caso y estructurar técnicamente su pretensión, delimitando el tema de prueba a aquellos hechos que deben ser acreditados para que un juez pueda declarar o no la extinción de dominio sobre los derechos patrimoniales de un bien ilícito.

Los lineamientos contenidos en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio constituyen el eje central a partir del cual se debe construir un caso de extinción de dominio, pues a través de esta disposición se definen los elementos estructurales de la pretensión extintiva, tanto objetivos como subjetivos; se fijan los criterios que permiten definir el conflicto que se debate en el proceso de extinción de dominio; se proponen las reglas de distinción entre afectados con los terceros de buena fe, y consagra la base para trabajar los factores o criterios de atribución de esta consecuencia jurídica en un caso concreto.

Para la estructuración de un caso de extinción de dominio se requiere la acreditación de dos clases de elementos: unos de carácter objetivo, que permiten reconocer los presupuestos de las causales extintivas, como el bien o derecho patrimonial, el nexo de ilicitud y la actividad ilícita; y otros de carácter personal o subjetivo, como la titularidad, la capacidad de goce y ejercicio, y los factores de atribución, a través de los cuales se puede establecer el nexo de relación entre el titular del bien y una causal de extinción de dominio.

La extinción de dominio acoge por vía de integración los factores o criterios de atribución del Derecho Civil, como el dolo (o mala fe), la culpa (tanto por hecho propio como por el ajeno), la creación del riesgo, entre otros, los cuales constituyen el referente axiológico o valorativo para dotar de sentido práctico al vínculo o nexo de relación que permiten conectar a un titular de derechos sobre el bien pretendido con los presupuestos de procedencia de extinción de dominio.

Dada la evolución que ha tenido la extinción de dominio, se debe tener presente que los factores o criterios de atribución difieren si el afectado es una persona natural o una persona jurídica o un tercero que no actuó amparado por un proceder de buena fe exenta de culpa y, por tanto, constituye una mala práctica aplicar a las personas jurídicas los mismos factores de atribución predicables de las personas naturales, o viceversa, razón por la cual el juicio de atribución debe realizarse caso por caso, teniendo como referencia la expectativa de comportamiento conforme a un proceder de buena fe exenta de culpa, parámetro que es reconocido como el principal elemento subjetivo de la extinción de dominio y límite de la pretensión extintiva.

* * *

Resumen: El autor examina en detalle los lineamientos contenidos en el artículo 118 del Código de Extinción de Dominio de Colombia a los fines de identificar la estructura de la pretensión extintiva. Para tales propósitos escinde su colaboración en dos elementos estructurales, a saber: i. objetivos que permiten reconocer los presupuestos de las causales extintivas y, de seguida, ii. subjetivos que determinan el nexo de relación entre el titular del bien y una causal de extinción de dominio. Lo anterior le permite concluir que tales lineamientos constituyen el eje central a partir del cual la Fiscalía debe construir un caso de extinción de dominio. **Palabras clave:** extinción, dominio, buena fe, elementos estructurales. Recibido: 13-08-25. Aprobado: 03-09-25.

*Structuring the Claim for Asset Forfeiture:
Objective and Subjective Requirements*

Abstract: The author examines in detail the guidelines contained in Article 118 of the Colombian Asset Forfeiture Code to identify the structure of the claim for asset forfeiture. For such purposes, the author divides his work into two structural

*elements, namely: i. objective elements that allow for the identification of the prerequisites for the grounds for extinction; and ii. subjective elements that determine the relationship between the owner of the asset and a ground for asset forfeiture. The above allows him to conclude that these guidelines constitute the central axis from which the prosecution must build a case for asset forfeiture. **Keywords:** asset forfeiture, good faith, structural elements.*

Sistemas de gestión de *compliance* para la prevención de fraudes, corrupción y legitimación de capitales en las instituciones financieras

Liliana VAUDO GODINA*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 23, 2025, pp. 209-233.

SUMARIO

Introducción 1. *Compliance*, prevención y mitigación de riesgos de legitimación de capitales y actividades de la delincuencia organizada en instituciones bancarias 1.1. *Estándares, gestión y mitigación de riesgos* 1.2. *Gestión de riesgos de legitimación de capitales, financiamiento del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva en instituciones financieras venezolanas* 2. **La prevención y mitigación de riesgos de fraude 3. **La prevención y mitigación de riesgos asociados al uso de la inteligencia artificial** 4. **La prevención y mitigación de riesgos de corrupción empresarial. Conclusiones****

Introducción

El *compliance* ha revolucionado la gerencia empresarial del nuevo milenio, incorporándose a la gestión estratégica organizacional, que exige mayor compromiso y responsabilidad compartida dentro de la sociedad mercantil. Todo esto representa un cambio de paradigma al colocar los criterios

* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Abogada; Especialista en Derecho Procesal; Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas; Doctora en Ciencias mención Derecho. **Universidad Metropolitana** (Caracas-Venezuela), profesor Titular e investigadora. Orcid: 0000-0002-6008-2066. lvaudo@unimet.edu.ve.

socioambientales y de buen gobierno corporativo, en los indicadores de gestión para la determinación del nivel de cultura y buena gobernanza.

Ello convierte en esencial de la gestión de cumplimiento la transparencia, el respeto por el derecho, la autorregulación, la ética y la debida diligencia, exigiendo a los actores que participan en las actividades de gestión empresarial, la rendición de cuentas sobre su mandato.

Con el fin de garantizar el cumplimiento corporativo dentro de las instituciones financieras, se debe observar la debida diligencia en la gestión de *compliance*, atendiendo a las recomendaciones y directrices emanadas de estándares internacionales, como, por ejemplo: las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, los Lineamientos del Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe (CAF), las normas ISO de la Organización Internacional de Normalización, las leyes venezolanas, las recomendaciones y directrices de los entes regulatorios y el Derecho comparado.

Por tal razón, continuando con el estudio sobre el *compliance* en las instituciones del sector financiero, se hace referencia a las conductas que generan el mayor nivel de riesgos, especialmente generadores de sanciones penales corporales, pecuniarias e incluso de posible desmantelamiento de la institución, conforme a la gravedad y consecuencias de las conductas que den motivo a dichas sanciones.

1. *Compliance*, prevención y mitigación de riesgos de legitimación de capitales y actividades de la delincuencia organizada en instituciones bancarias

1.1. Estándares, gestión y mitigación de riesgos

Garantizar en una institución bancaria una correcta gestión de *compliance*, en buena parte emana de la asunción de estándares internacionales, que, sin ser parte del Derecho positivo, establecen recomendaciones para una buena gestión corporativa, tales como las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)¹ y los Lineamientos del Banco de Desarrollo

¹ *Vid.* <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf.coredownload.inline.pdf>.

de América Latina y el Caribe (CAF)² que hacen hincapié en la prevención de actividades vinculadas con la legitimación de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la producción y tráfico de armas de destrucción masiva. Asimismo, destacan los 10 Principios de la Banca Responsable, contenidos en el papel de trabajo elaborado por el Comité de Basilea³ sobre gestión de riesgos de cumplimiento en las instituciones financieras, en los que resalta la independencia, la transparencia, la elaboración e implementación de programas de cumplimiento que permitan identificar, evaluar y mitigar los riesgos.

En el ámbito de mitigación y corrección de riesgos, se observa cómo algunos países, incluso en América Latina, han implementado sistemas de prevención y mitigación de riesgos de legitimación de capitales, por mencionar alguno: Argentina creó en 2000 la Unidad de Información Financiera (UIF) (Ley 25 246), estableciendo el deber de las instituciones financieras de prevenir estas conductas delictivas, empleando la técnica de *screening* para cruzar información sobre las instituciones y personas comparando diversas bases de información. La finalidad del *screening* es evitar riesgos respecto de clientes que puedan estar vinculados con actividades o países, tales como los que han sido sancionados, por ejemplo, en Venezuela, o que por sus actividades en el ámbito público sean consideradas personas expuestas políticamente (PEP), sobre las cuales habrá mayor diligencia respecto de sus actividades.

1.2. Gestión de riesgos de legitimación de capitales, financiamiento del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva en instituciones financieras venezolanas

Toda matriz de riesgo vinculada a la prevención de legitimación de activos y otras actividades propias de la delincuencia organizada amerita la identificación

² Vid. Lineamientos para un código latinoamericano de gobierno corporativo (2023), <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/2239/CAF%2040%20Lineamientos%20Codigo%20Latinoamericano%20Gobierno%20Corporativo%202023.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

³ El cumplimiento y la función de cumplimiento en los bancos (2005), <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>.

de los factores de riesgo asociados con estas actividades; tales como: el tipo de negocio, los productos o servicios ofrecidos, forma de realizar los intercambios comerciales, montos de las operaciones, quiénes son los clientes y jurisdicción a que pertenecen; factores de riesgo internos y externos como recursos y mecanismos de operación; probabilidades de que ocurran y forma de mitigarlos; ocurrencia, frecuencia y forma de corregir y responder por posibles daños.

Este procedimiento también lo establece, en Venezuela, la Resolución N.º 083-18, dictada por la Superintendencia Nacional de Bancos (SUDEBAN)⁴, a través de la cual se crea la Unidad de Inteligencia Financiera (UNIF), pareciendo centrarse en el deber de regulación solamente en las áreas vinculadas con la legitimación de capitales, financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva; pese a existir áreas que requieren especial atención para evitar la fuga de información, la corrupción, la competencia desleal y los riesgos vinculados con la inteligencia artificial. Sobre este último aspecto, aún no se cuenta con regulaciones particulares, salvo la Resolución 001-2021, también de SUDEBAN, que regula las empresas *Fintech* del sector bancario, pero que no atiende el uso de la tecnología sobre inteligencia artificial, haciéndose notoria la necesidad de acudir a normas contentivas de estándares internacionales, en especial las vinculadas con protección de datos Normas ISO 27 001⁵, 27 002⁶ y 27 015⁷, todas de la Organización Internacional de Normalización. Igualmente, y respecto a sistemas de gestión de *compliance* que empleen inteligencia artificial, la Norma ISO 42 001⁸ del mismo organismo internacional, que regula el tema de modo específico.

⁴ Resolución N.º 083.18: Normas relativas a la administración y fiscalización de los riesgos relacionados con la legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva aplicables a las instituciones del sector bancario. Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario (2019).

⁵ Vid. Norma ISO sobre la Seguridad de la Información (2013), <https://www.iso.org/standard/82875.htm>.

⁶ Vid. Norma ISO sobre la Seguridad de la Información (2022), ídem.

⁷ Vid. Norma ISO sobre la Seguridad de la Información (2014), ídem.

⁸ Vid. Norma ISO sobre *Information technology –Artificial intelligence– Management system* (2023). www.iso.org/es/contents/data/standard/08/12/81230.html.

Aun antes del surgimiento de la Resolución N.º 083-18, las instituciones financieras han establecido unidades de cumplimiento normativo, que, según la norma sublegal vigente, debe estar encabezada por un oficial de cumplimiento y se busca dar cumplimiento, valga la redundancia, a las exigencias del ente regulador. Para poder desempeñar dicho rol, se requiere experticia y certificación en las áreas de *compliance*, ya que este ente o persona física será el encargado de impartir la capacitación a los demás entes de la institución; así como también la elaboración, implementación y seguimiento de los programas de cumplimiento.

Es de acotar el hecho de que si la empresa, en este caso la institución financiera, es creada para cometer delitos, se estaría en presencia de un defecto de origen ilícito, al utilizar la fachada de la organización para cometer delitos, que, además, según las normas de estandarización y las propias regulaciones de los entes administrativos, se entiende que son graves debido a sus consecuencias para la colectividad y la propia empresa. Por otra parte, de contar con una normativa, la misma no se cumple, lo cual suele ser evidenciado de las inspecciones del ente regulador y las auditorías externas; generando así responsabilidad, incluso del oficial de cumplimiento, quien no ha atendido debidamente los canales de denuncia y no ha reportado las actividades sospechosas y procedido a la activación de los procedimientos internos a que aluden las Normas ISO 37 002⁹ y 37 008¹⁰ de la Organización Internacional de Normalización.

El autor alemán ROXIN, siguiendo criterios de imputación objetiva, considera que solamente en dos situaciones se puede penalizar la actividad empresarial, ya sea por traspaso del riesgo permitido –penalmente relevante– o por defecto de organización¹¹. En tal sentido, debe demostrarse la debida diligencia organizacional para lograr la exoneración penal, caso en el cual,

⁹ Vid. Norma sobre Sistemas de gestión de canales de denuncia (2021), <https://www.iso.org/home.htm>.

¹⁰ Vid. Norma sobre Estándar para investigaciones internas (2024), <https://www.iso.org/obp/ui/es/#iso:std:iso:ts:37008:ed-1:v1:es>.

¹¹ ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte general*. T. I. Civitas. Madrid, 1997, p. 372.

como por ejemplo cita la jurisprudencia española del Tribunal Supremo, que cuando existen programas que se implementan de manera efectiva por las empresas, debe situarse a estos supuestos en la excusa absolutoria vinculada a la punibilidad, por no existir un elemento básico del tipo, ya sea objetivo, que esté vinculado a la no configuración del hecho; o del tipo subjetivo, que excluye el dolo o la culpa¹².

En Venezuela, a diferencia de otros países, como España, no existe una norma general que castigue penalmente a las empresas; sin embargo, en la materia que se está tratando se observa un mandato expreso en los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo¹³. La Ley antes mencionada contempla como penas para las personas jurídicas, las siguientes:

Artículo 32.- Sanciones a las personas jurídicas. El juez o jueza competente impondrá en la sentencia definitiva cualquiera de las siguientes sanciones de acuerdo a la naturaleza del hecho cometido, su gravedad, las consecuencias para la empresa y la necesidad de prevenir la comisión de hechos punibles por parte de estas:

1. Clausura definitiva de la persona jurídica en el caso de la comisión intencional de los delitos tipificados en esta Ley.
2. La prohibición de realizar actividades comerciales, industriales, técnicas o científicas.
3. La confiscación o decomiso de los instrumentos que sirvieron para la comisión del delito, de las mercancías ilícitas y de los productos del delito en todo caso.
4. Publicación íntegra de la sentencia en uno de los diarios de mayor circulación nacional a costa de la persona jurídica en todo caso.
5. Multa equivalente al valor de los capitales, bienes o haberes en caso de legitimación de capitales o de los capitales, bienes o haberes producto del delito en el caso de aplicársele la sanción del numeral 2 de este artículo.

¹² TS, sent. N.º 154/2016, recurso 0011-2015, ponente José Manuel Maza Martín, apelación penal.

¹³ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 912, del 30-04-12.

6. Remitir las actuaciones a los órganos y entes correspondientes a los fines de decidir la revocatoria de las concesiones, habilitaciones y autorizaciones administrativas otorgadas por el Estado.

En otra oportunidad he mencionado cómo la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) ha establecido las directrices aplicables al buen gobierno corporativo para las instituciones bancarias y las empresas *Fintech* de ese sector, mediante la Resolución N.º 083-18 contentiva de las Normas relativas a la administración y fiscalización de los riesgos relacionados con la legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva aplicables a las instituciones del sector bancario¹⁴.

En tal sentido, una serie de entes reguladores controlan el desempeño de las instituciones vinculadas con el sector financiero, ya que el sistema financiero abarca el ámbito asegurador, el mercado de valores, los criptoactivos; regulaciones que también se extienden a otros sectores no financieros, como casinos y turismo, encontrando, entre otros órganos: el Banco Central de Venezuela (BCV); la Oficina Nacional contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (ONCDOFT); la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario de Venezuela (SUDEBAN); la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG); la Superintendencia Nacional de Valores (SUNAVAL); el Ministerio del Poder Popular para el Turismo (MINTUR); la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles (CNC); y la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP).

Aquí cabe colocar como ejemplo: la Resolución N.º 020, emanada del Ministerio del Poder Popular para el Turismo (MINTUR)¹⁵, que, si bien en estos casos no se está en presencia de ninguna institución del sector bancario

¹⁴ VAUDO GODINA, Liliana: «*Compliance* corporativo como política de prevención de actos que perjudican la reputación organizacional». En: *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*. N.º 8. SOVEDEM. Caracas, 2022, pp. 163-182.

¹⁵ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 42 106, del 04-04-21.

o que se asemeje, exige a los prestadores de servicios turísticos el deber de presentar tanto ante el Ministerio como ante la Unidad Nacional de Inteligencia Financiera (UNIF), en un lapso continuo de 90 días siguientes al cierre del ejercicio económico, su informe anual relacionado con la prevención y control de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva y de corrupción, con base en lo que haya determinado el auditor externo o persona jurídica que preste el servicio especializado.

Este tipo de regulación, como se aprecia, se extiende a personas que no prestan servicios financieros, con base en lo que señala la Recomendación N.º 22 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), según la cual las regulaciones en la prevención de legitimación de capitales, financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva deben extenderse a las actividades y profesiones no financieras designadas, entre otras: casinos, venta de metales y piedras preciosas, abogados, contadores y agentes inmobiliarios.

En este orden de ideas, y vinculado a la materia de tecnología financiera, la Providencia N.º 044-2021¹⁶, dictada por la Superintendencia de Criptoactivos (SUNACRIP) establece directrices para determinar responsabilidad y establecer los procedimientos que deben seguir las empresas a fin de identificar y gestionar riesgos y su mitigación; lo cual es similar al contenido de la Resolución N.º 001-21, dictada por la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, contentiva de las Normas que Regulan los Servicios de Tecnología Financiera (*Fintech*)¹⁷, y la Providencia N.º 209-2021, emanada de la Superintendencia Nacional de Valores (SUNAVAL), mediante la cual se dictan las Normas de Administración y Fiscalización de Riesgos y las Normas Relativas al Buen Gobierno Corporativo del Mercado de Valores. También se

¹⁶ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 42 110, del 21-04-21, Normas Relativas a la Administración y Fiscalización de Legitimación de Capitales, Financiamiento al Terrorismo y Proliferación de Armas de Destrucción Masiva aplicables en el Sistema Integral de Criptoactivos.

¹⁷ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 42 151, del 17-06-21.

extiende este control al sector asegurador mediante normas dictadas por la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, a través de la Providencia N.º SAA-8-004-2021.

Por otra parte, en cuanto a personas no pertenecientes al sector financiero, se establecen similares controles, como el sector turístico y el vinculado a apuestas en salas de casinos y bingos, destacando en esta última materia las disposiciones emanadas de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, contenidas en la Providencia Administrativa N.º DE-19-01 (07-01-19)¹⁸, dirigidas todas ellas a la gestión integral de riesgos para prevenir la delincuencia organizada.

A manera de comparación, cabe citar la directiva del Departamento de Servicios Financieros (DFS o Parte 504) del estado de Nueva York¹⁹, que fue creada en 2018 con el fin de dar respuesta al aumento de amenazas de delitos financieros, pero en los cuales se detectaron deficiencias en los programas de *compliance* referidos al monitoreo y seguimiento de transacciones, derivando responsabilidad en las altas esferas organizacionales, las cuales están obligadas a revisar las listas de sanciones emitidas por la Oficina de Control de Activos Extranjeros de los Estados Unidos (OFAC)²⁰.

La relevancia de esta normativa norteamericana radica en que se coloca en cabeza del gobierno corporativo de las instituciones financieras el deber de garantizar la efectividad de los sistemas de gestión de cumplimiento a objeto de reunir los estándares requeridos; incluyendo aquellos relacionados con el uso de las distintas formas de tecnología en la intermediación financiera, proveedores de servicios de pago, gestión de riesgos y cumplimiento corporativo. El contenido de esta directiva puede aportar en la creación de nuevos estándares internacionales y las empresas deben demostrar

¹⁸ *Vid.* <https://www.cnc.gob.ve/wp-content/uploads/2021/04/Requisitos-de-Licencia-de-Instalación-Casinos-Salas-de-Bingo-y-Máquinas-Traganíqueles.pdf>.

¹⁹ *Vid.* https://es.dfs.ny.gov/About_Us.

²⁰ *Vid.* <https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information/venezuela-related-sanctions>.

por qué sus productos, servicio y su tecnología es la adecuada para la determinación del riesgo.

Aparte de las regulaciones nacionales, en el ámbito de la autorregulación se requiere atender a las recomendaciones sobre sistemas de gestión de riesgos, contenidas en la Norma ISO 31 000-2018 de la Organización Internacional de Normalización²¹, que permite gestionar sistemas de *compliance* sobre riesgos de legitimación de capitales, financiamiento del terrorismo, financiamiento de la proliferación o tráfico de armas de destrucción masiva y otras actividades conexas, debiendo la institución financiera demostrar que cumple de manera efectiva con sus políticas y las derivadas del Derecho positivo. De allí deriva la exigencia que los programas sean diseñados e implementados por un cuerpo de cumplimiento y se realicen las correspondientes auditorías externas, por parte de auditores transparentes e independientes, que no guarden relación alguna con la empresa, ni aun brindando asesoría. Para ello, debe atenderse también a las Normas ISO 19 011²² y 37 301²³, ambas de la Organización Internacional de Normalización.

A fin de lograr un efectivo seguimiento y prevención de riesgos se debe considerar:

Todas las transacciones realizadas por los clientes.

Contrastar las bases de datos internacionales y nacionales (KYC) para la correcta gestión de procesos.

Elaborar la matriz de riesgos considerando las actividades prohibidas hasta las de menor riesgo, a fin de poder mitigar riesgos sobre actividades sospechosas que disparen las alertas.

Recabar información y documentación de los clientes, atendiendo igualmente a las recomendaciones y normas emanadas de los entes reguladores.

²¹ Vid. <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:es>.

²² Vid. Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión, <http://cmdcertification.com>.

²³ Vid. <https://www.iso.org/obp/ui/es/#iso:std:iso:37301:ed-1:v1:es>.

Levantar los reportes de actividades sospechosa, que arrojen indicios de actividades que, por sus montos, frecuencia o no registro, por ejemplo, puedan arrojar sospecha de estar frente a actividades producto de legitimación de capitales u otra conducta castigada por la Ley contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo.

Dicho monitoreo, para ser efectivo y constante, deberá ser corregido cuando se evidencie alguna irregularidad o actividad sospechosa. Solamente si se cuenta con sistemas de gestión de riesgos sólidos, se puede permitir una pronta mitigación del riesgo, garantizando la preservación de la integridad económica y reputación de la institución financiera, lo cual genera confianza en los grupos de interés.

2. La prevención y mitigación de riesgos de fraude

Otro aspecto que debe ser abordado en los sistemas de gestión de cumplimiento organizacional en las instituciones financieras es el vinculado con la gestión de riesgos de fraudes, y, en tal sentido, la Organización Internacional de Normalización publicó la Norma ISO-DIS 37 003²⁴, sobre sistemas de gestión para el control de fraudes en las organizaciones.

Esta norma atiende, de manera enfática, todo lo vinculado con los fraudes que se cometen utilizando nuevas tecnologías. Estas tecnologías, que ahora incorporan la inteligencia artificial, generan desafíos y requieren la ciberresiliencia en su implementación, en especial en el ámbito jurídico-corporativo-financiero para la elaboración, implementación, seguimiento, monitoreo, denuncia y corrección de riesgos de fraude en la empresa, tanto interno como externo, y su mitigación. Por esta razón, la Norma ISO-DIS 37 003 establece nuevos parámetros y recomendaciones aceptadas internacionalmente en la materia.

Siguiendo las directrices de la referida norma, emanada de la Organización Internacional de Normalización, se observa la presentación de una guía de

²⁴ *Vid.* <https://committee.iso.org/sites/tc309/home/projects/ongoing/iso-37003-fraud-controls.html>.

actuación a fin de lograr el correcto funcionamiento de los sistemas de gestión para el control de fraudes dentro de las empresas, siendo aplicable a cualquier tipo de organización. Por tal razón, a través de estos sistemas de gestión, control y seguimiento se busca evitar y corregir daños que se generen en la empresa, tanto en la reputación como los financieros y operativos, informando a las autoridades sobre la posible comisión de delitos para que los responsables sean sometidos a los procedimientos y sanciones correspondientes.

Las directrices de la Norma ISO-DIS- 37 003 van referidas a:

Establecimiento de un sistema de identificación de riesgos de fraude, que incluya su monitoreo, controles y procedimientos.

Mitigación de fraudes internos y externos.

Respuesta efectiva a hechos delictivos fraudulentos.

Implementación de adiestramiento continuo respecto a la forma en que se deben gestionar los programas de mitigación efectiva.

3. La prevención y mitigación de riesgos asociados al uso de la inteligencia artificial

La inteligencia artificial ha ido ganando espacio en actividades operativas dentro del ámbito empresarial en general, incluyendo las instituciones del sector bancario, permitiendo la automatización de los procesos, aumentando la productividad y disminuyendo plazos y costos operativos.

Sin embargo, al diseñar e implementar las políticas de cumplimiento, es importante atender a la gestión de datos, ya que un indebido acceso, distorsión de la información o carencia de producción pueden generar daños a las personas y a las propias instituciones financieras. En tal sentido, Europa, por ejemplo, ha dictado diversas regulaciones, entre las cuales destaca: el Reglamento General de Datos, que España desarrolló en la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales; y que, si bien en Venezuela existen normas como la Ley Especial contra Delitos Informáticos²⁵ y el Decreto con

²⁵ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 313, del 30-10-01.

rango y fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas²⁶, ambos son de 2001, cuando aún estaba muy lejos la implementación y regulación de la inteligencia artificial.

Al respecto, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ ha señalado que la Unión Europea busca evitar y mitigar posibles situaciones adversas que pueden surgir en la Unión, vinculados con el desconocimiento o dolo en el uso de la herramienta, por lo que ha expresado:

En términos estrictamente jurídicos, al menos, obliga a plantearse si el concepto de acto propio y voluntario queda en entredicho. Y, de forma derivada, si también impacta en el de culpa y responsabilidad. Si, realmente, estamos hablando de herramientas efectivas que trascienden la conciencia es posible que necesitemos un marco jurídico que (paradójicamente) nos dé amparo frente a nosotros mismos y, obviamente también, frente a quienes quieran aprovecharse de nuestros actos por debajo de dicho umbral²⁷.

En Europa, por otra parte, se ha dictado una pluralidad de normas, por lo cual cabe referirse a lo que ha emitido el Consejo de Europa a través de las Conclusiones sobre la Estrategia de Ciberseguridad (2022), dando prioridad a la ciberseguridad para la protección de los sistemas de información sobre personas, a fin de evitar la vulneración de sus derechos humanos y lograr la resiliencia digital. Asimismo, ha creado organismos como la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA) y el Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3) que es una unidad especializada de la EUROPOL vinculada con la cooperación policial en la lucha contra la ciberdelincuencia y las amenazas digitales. Lo interesante aquí, resulta del modo en el cual, en la aplicación de medidas internacionales sobre personas o países que puedan

²⁶ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 148, del 28-02-01.

²⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: «Algoritmos y condicionamiento por debajo del nivel consciente: un análisis crítico de la propuesta de Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea». En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. N.º 286. UNAM. México D. F., 2023, p. 6, <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.286.86406>.

representar riesgos a la Unión Europea, termina generándose un estrecho vínculo en la garantía de ciberseguridad, especialmente en el uso de la inteligencia artificial, ante el riesgo de su empleo por grupos terroristas o de financiamiento de actividades proscritas, tales como la fabricación y tráfico de armas químicas.

Por otra parte, resulta relevante hacer referencia a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la cual, a través de un documento denominado: «Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial» (2022), ha señalado la importancia de utilizar la herramienta con cautela y garantizando la protección de los derechos humanos y la transparencia con la cual se implementa, evitando fraudes y alteraciones de contenidos que puedan perjudicar a las personas y sus bienes. Indica además que su uso debe apoyarse en la ética de la ciencia y la tecnología, los valores, los principios y las acciones para poder afrontar cualquier efecto conocido o no, sobre los seres humanos y el ambiente²⁸. En este orden de ideas, debe prohibirse:

Que se utilice para la puntuación de personas.

El empleo de datos biométricos para identificar a personas.

Que se manipulen las emociones de las personas.

Respecto a la protección de datos, GAMERO, refiriéndose al sector financiero, señala que la inteligencia artificial generativa (Gen IA) es capaz de realizar aportes positivos, ya que agiliza y genera eficiencia en relación con los productos y los servicios que presta el banco²⁹. En tal sentido, una encuesta elaborada por la empresa KPMG da cuenta del aumento en el uso de la inteligencia artificial en el sector financiero, tratándose de preguntas de selección múltiple. Destaca la encuesta que el 67 % de los entrevistados indica que la emplea principalmente en materia de ciberseguridad; 51 %

²⁸ Vid. <https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>.

²⁹ GAMERO, Eduardo: «La necesidad del *compliance* en la inteligencia artificial», https://cincodias.elpais.com/legal/2021/04/09/juridico/1617964412_071507.html.

indicó que la utiliza en el ámbito de la prevención de fraudes y 41 % la emplea en los sistemas de gestión de riesgos de *compliance*³⁰.

Debe prestarse especial atención al uso de la herramienta, con el fin de asegurar que no se cometan abusos o violaciones de derechos ni se cause daño a la organización, generando conciencia en el personal sobre la transparencia y ética en su empleo. En tal sentido, he indicado que toda organización debe implementar políticas destinadas a garantizar «la protección y seguridad de la información, a través de las cuales se establezcan lineamientos basados en estándares nacionales e internacionales, de cómo se almacenan y transmiten datos a través de diferentes mecanismos»³¹.

En materia de autorregulación o *soft law*, la Norma ISO 42 001-2023, sobre Sistemas de gestión de inteligencia artificial de la Organización Internacional de Normalización³², constituye una herramienta de orientación para el diseño de políticas de gestión de riesgos potenciales, que persigue el correcto uso de la inteligencia artificial y la evaluación de su impacto social; en tal sentido, busca mejorar los servicios que ofrecen y la toma de decisiones, en este caso dentro de las instituciones financieras; lo cual contribuye a la certificación.

En estos supuestos, los ataques van a afectar principalmente la privacidad de los usuarios y del propio banco haciéndolos víctima de conductas delictivas. Por esta razón, las matrices de riesgo que se elaboren deben estar orientadas a establecer el nivel de riesgo desde inaceptable, como hurto de identidad, hasta riesgo mínimo, como videojuegos o *spam*.

³⁰ Vid. *Future-proofing banking: The Enterprise transformation imperative*, <https://kpmg.com/us/en/articles/2024/2024-us-banking-industry-outlook-survey.html>.

³¹ VAUDO GODINA, Liliana: «Integración normativa para la gestión de riesgos sobre sistemas de información empresarial». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 21. Caracas, 2023, pp. 151-174, https://rvlj.com.ve/?page_id=3142.

³² Vid. www.iso.org/es/contents/data/standard/08/12/81230.html.

La Norma ISO 42001-2023³³ se relaciona con la Norma ISO/IEC 8000-2019, contentiva de recomendaciones sobre calidad e ingeniería de datos, y ambas permiten entre otras cosas:

El diseño de un marco regulatorio, para la debida gestión de la inteligencia artificial.

Mejorar la competitividad, gobernanza empresarial y confianza.

Gestión de riesgos legales y operativos con reducción de costos.

Trazabilidad.

Reducción de los riesgos de ciberseguridad.

Confiabilidad de los productos y servicios.

Mejora reputacional y de productividad.

Uso eficaz de los recursos y la inversión en inteligencia artificial.

Aplican, asimismo, los estándares derivados de las Normas ISO 27001-2019, sobre Seguridad de la información³⁴; la Norma ISO 25059-2023, sobre Calidad de *software* para sistemas de inteligencia artificial³⁵; la Norma ISO 27015-2014, sobre la Seguridad de la información en empresas *Fintech*³⁶, todas de la Organización Internacional de Normalización.

La no existencia en Venezuela de una ley que regule el uso de la inteligencia artificial no es factor que vaya a impedir que las empresas, a través de la autorregulación, diseñen sus políticas de gestión de riesgos con base en las normas internacionales de estandarización que ofrecen herramientas de elaboración de sistemas de gestión destinados, incluso, a obtener la certificación, siempre y cuando los mismos sean efectivamente cumplidos.

³³ Norma ISO 42001-2023, *Information technology –artificial intelligence– management system*, www.iso.org/es/contents/data/standard/08/12/81230.html.

³⁴ *Vid.* <https://www.iso.org/standard/82875.html>.

³⁵ *Vid.* <https://www.iso.org/standard/80655.html>.

³⁶ *Vid.* <https://www.iso.org/standard/82875.html>.

4. La prevención y mitigación de riesgos de corrupción empresarial

La corrupción, aparte de constituir en todas sus modalidades la comisión de delitos, tiende a afectar las relaciones comerciales de las empresas con los particulares y con los entes de la Administración Pública, comprometiendo la opinión y preferencia de los *stakeholders* al causar daños a la imagen empresarial y afectar el patrimonio público y privado. En este orden de ideas, puede ser cometidos estos hechos cuando tanto directores como accionistas, comisarios o cualquier persona vinculada abusa de su posición para causar perjuicios al sistema económico, a los inversionistas, sus propios trabajadores y a la colectividad.

En diciembre de 2005, entró en vigor la Convención contra la Corrupción³⁷, la cual prevé la responsabilidad penal para las personas jurídicas por hechos de corrupción, extendiendo la regulación, con base en el artículo 12, a diferentes modalidades de conductas, entre las cuales se encuentran actividades propias del ámbito comercial, tales como:

- Los sobornos privados;
- La captura de políticas públicas;
- El fraude corporativo;
- Los carteles;
- La corrupción en las cadenas de suministro y
- La corrupción en las transacciones internacionales.

De la Convención, nace la preocupación por la corrupción empresarial, la cual va referida a todos aquellos delitos y faltas cometidos por una empresa o por las personas que en ella laboran o se vinculan a esta. La especial atención de las Naciones Unidas deriva de la cantidad de efectos adversos que ello genera tanto respecto de las empresas como en las relaciones comerciales.

³⁷ ONU, Oficina contra la Droga y el Delito: Convención contra la Corrupción (2004), Nueva York, *vid.* [https:// www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf).

Algunas de las medidas que adopta la Convención para hacer seguimiento a estas conductas son las siguientes:

La cooperación entre las entidades privadas y los organismos públicos;
Elaborar normas y procedimientos destinados a asegurar la integridad de las entidades privadas;
Dar a conocer la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en la gestión de empresas, y levantamiento del velo corporativo;
Limitación en la concesión de subsidios y licencias para actividades comerciales y control de licitaciones;
Restricciones a las actividades profesionales de exfuncionarios públicos;
Conservación de libros y registros, documentos y divulgación de estados financieros con base en los principios de contabilidad.

En cuanto a normas de estandarización, destaca la Norma ISO 37001-2016, sobre Sistemas de gestión de riesgos antisoborno³⁸. Al respecto, se observa la creciente preocupación de la comunidad internacional sobre el tema, ya que, por lo general, cuando se ejecutan sobornos, estos vienen vinculados con otros actos delictivos, comúnmente fraudulentos, tales como la evasión fiscal o la legitimación de capitales y financiamiento de actividades propias de la delincuencia organizada. También puede producirse como derivada de una quiebra culpable o fraudulenta establecida en el Código de Comercio venezolano³⁹, sea por defecto en el objeto o incumplimiento del deber de cuidado en la gestión de riesgos. En estos casos, se aplicará a los responsables la pena correspondiente por la quiebra de hasta cinco años de prisión adicional a la responsabilidad por los hechos de corrupción, con base en la reforma del Decreto-Ley contra la Corrupción⁴⁰, según el delito de que se trate.

Aparte del comiso de los bienes que establece como pena la Ley contra la Corrupción, el Estado también puede recuperar los bienes mediante

³⁸ Vid. www.gob.pe/uploads/document/file/404018/ICS-ISO_37001.pdf.

³⁹ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 475, del 21-12-55, artículos 918-920.

⁴⁰ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6699 extraordinario, del 02-05-22.

la acción civil por extinción de dominio⁴¹, sin esperar la sentencia penal; toda vez que esta acción persigue identificar y ubicar los bienes vinculados tanto con actividades de corrupción como de delincuencia organizada, y proceder a su recuperación, derivando la extinción de presuntos derechos vinculados con el dominio de bienes en favor de la República. En la Ley contra la Corrupción reformada en 2022, se señala como objeto de regulación, además del patrimonio público, los recursos entregados a las empresas privadas por parte del sector público y como estos son considerados como patrimonio público que deben ser tutelados por esta Ley.

Se considera igualmente patrimonio público, los recursos entregados a particulares por los entes del sector público mencionados en el artículo anterior, mediante transferencias, aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de dicha nulidad. Asimismo, los particulares que administren tales recursos estarán sometidos a las sanciones y demás acciones y medidas previstas en la citada Ley y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. También se desprende de la Ley contra la Corrupción que se cataloga como funcionarios, en su artículo 3, a los administradores de personas jurídicas civiles y mercantiles, cuando los aportes presupuestarios y de otra índole sean iguales o superen el 50 % del presupuesto o patrimonio.

Por otra parte, en Venezuela, también el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos⁴² castiga la corrupción en el supuesto que la misma se produzca entre particulares, con prisión de dos a seis años, cuando se ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de empresas, sociedades, asociaciones, fundaciones u organizaciones, un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición

⁴¹ La Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito (UNODC) creó la Ley modelo sobre extinción de dominio en el año 2011.

⁴² *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6202 extraordinario, del 08-11-15.

o venta de mercancías o en la prestación de servicio. Igualmente, castiga a directivos, administradores, empleados o colaboradores, que por sí o por persona interpuesta reciba, solicite o acepte dicho beneficio o ventaja. Sin embargo, existen en Venezuela, algunas leyes que fomentan la corrupción empresarial, como, por ejemplo, en los siguientes casos:

- i. Cuando procede la adjudicación directa para la selección de contratistas con base en el artículo 17 de la Ley de Contrataciones Públicas, por parte de los consejos comunales, con la justificación de promover la participación de las organizaciones comunitarias.
- ii. El establecimiento de márgenes preferenciales en contrataciones por parte de Estado hacia la pequeña y mediana empresa (artículo 7 *lex cit.*) y los casos de excepción o emergencia sin acto motivado (artículos 76, 77 y 78).
- iii. El Plan Excepcional de Desarrollo Económico y Social para las Compras del Estado, para los supuestos que en él se especifican.

Volviendo al contenido de la Convención de las Naciones Unidas, la misma contempla el soborno en el sector privado cuando se cometa el acto en el curso de actividades financieras, económicas o comerciales si existe promesa, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido a una persona que dirija o cumpla funciones en una entidad del sector privado; o cuando se produzca la solicitud o aceptación, directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado con el fin de que, faltando al deber, actúen o se abstengan de actuar. También establece como delito la malversación y el peculado de bienes en el sector privado, consistente en dilapidar o apropiarse de bienes, fondos o títulos privados que se haya confiado a una persona por razón de su actividad económica, financiera o comercial y el blanqueo del producto del delito cuando se transfieran o conviertan bienes o capital a sabiendas que provienen de la comisión de delito u ocultar su procedencia ilícita (artículo 21).

Es así como se introduce la responsabilidad, incluso de orden penal, a las personas jurídicas del sector privado por hechos de corrupción, que incluyen sobornos privados, captura de políticas públicas, fraude corporativo, cartelización, corrupción en las cadenas de suministro y en las transacciones internacionales; incorporando de manera expresa la responsabilidad penal tanto para administradores como penas pecuniarias para las empresas (artículo 26).

En todo caso, el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario hace énfasis en la responsabilidad administrativa de todas las esferas gerenciales para el caso de incurrir en cualquier infracción tanto de la Ley como de las normas que dicte SUDEBAN. Es así, como el artículo 185 establece:

Las instituciones del sector bancario, así como las personas naturales que ocupen en ellas cargos de administración o de dirección, consejeros o consejeras, asesores o asesoras, consultores o consultoras, auditores internos y externos, gerentes de áreas, secretarios o secretarias de la junta directiva o cargos similares, de hecho o de derecho, que infrinjan el presente Decreto con rango, valor y fuerza de Ley, y todo el cuerpo normativo emitido por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el presente título⁴³.

Aparte de ello, también se agrava la penalidad de estas personas calificadas, por la comisión de delitos propiamente financieros contemplados en la Ley, que se ejecuten en las actividades de intermediación financiera, como por colocar un ejemplo: en la apropiación o distracción de recursos o la simulación de reposición de capital y otras actividades fraudulentas, establecidos en los artículos 214 y 216, pudiendo llegar a imponerse a quienes ejerzan estos cargos, penas de hasta de 15 años de prisión e inhabilitación por el mismo tiempo, una vez cumplida la pena corporal.

⁴³ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 40 557, del 08-12-14.

Para culminar este aspecto, sirva de ejemplo el caso, reseñado por la prensa, ocurrido en España con el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), el cual es considerado el segundo banco más importante de ese Estado –y contaba con certificación en ISO 19601⁴⁴, de la oficina de estandarización AENOR– al cual se le imputaron cargos en el mes de julio del año 2019 por corrupción en los negocios, cohecho, descubrimiento y revelación de secretos⁴⁵. Los hechos surgen por presuntamente haber facilitado contratos con el grupo empresarial CENYT, perteneciente a un antiguo funcionario policial y permitir el acceso a documentación sujeta a sigilo.

Al respecto, se observa que el Código Penal español establece de manera expresa, en su artículo 31, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, indicando de manera que solamente procede la atenuación o exoneración cuando la organización cuenta con programas de *compliance*, pero debe demostrar que efectivamente los ejecuta, por lo cual no basta con desarrollarlos en el papel, sino se demanda cumplirlos. En tal sentido, señala la referida norma:

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre⁴⁶.

De manera que, una vez revisados los aspectos vinculados con los riesgos de mayor gravedad en el ámbito del *compliance*, en las instituciones del sector bancario, se determina la importancia de ir construyendo una cultura de cumplimiento y sostenibilidad.

⁴⁴ Vid. UNE-ISO 19601-2017, sobre Sistemas de gestión de *compliance* penal, <https://www.une.org/encuentra-tu-norma/busca-tu-norma/norma?c=N0058338>.

⁴⁵ Vid. <https://cincodias.elpais.com/hemeroteca/2019-09-18/>.

⁴⁶ Vid. Código Penal español, <https://mundopenal.es/codigo-penal/articulo-31/>.

Del mismo modo, el sistema de gestión contentivo de las políticas de cumplimiento debe otorgar especial relevancia a la responsabilidad socioambiental y construirse e implementarse sobre una sólida gobernanza organizacional, atendiendo y corrigiendo los errores que puedan surgir; no sirviendo de excusa ningún alegato sobre carencia de regulaciones expresas dentro del Derecho positivo.

Conclusiones

La debida diligencia como principio esencial en la gestión de cumplimiento permite construir una cultura ética y transparente en el desempeño organizacional de un sector, como el financiero, que requiere gozar de la confianza de los *stakeholders*, siendo esencial contar con equipos de auditores y de tecnología, capaces de hacer seguimiento a las políticas de *compliance*, siendo fundamental que los entes directivos presenten su correspondiente rendición de cuentas sobre su mandato.

Se ha realizado una breve referencia respecto de las conductas de mayor relevancia en la afectación de la estabilidad de las instituciones financieras y su imagen corporativa, que además ponen en peligro el sistema económico del país, destacando en este caso lo atinente a las recomendaciones en materias de gestión de cumplimiento para prevenir delitos de corrupción, fraudes corporativos, legitimación de capitales, proliferación de armas de destrucción masiva y financiamiento del terrorismo. Estas conductas ameritan que, además de las normas del Derecho positivo, se tomen en consideración de manera especial los estándares internacionales y el Derecho comparado.

Por otra parte, es importante elaborar e implementar políticas de *compliance* en materia de tecnología, especialmente en el ámbito de la inteligencia artificial, ya que, como pudo observarse, ha sido creciente la preocupación de las naciones por los riesgos vinculados tanto en el ámbito económico como en los derechos humanos, derivado de un indebido acceso en la gestión de datos, que origina la distorsión de la información o carencia de protección.

En los ejemplos, se pudo notar cómo instituciones financieras que gozaban de reconocimiento internacional y certificación de órganos de estandarización se vieron envueltas en situaciones de corrupción y otros delitos graves, debido a que, aun contando con normas de cumplimiento de apariencia sólida, se había descuidado su debida implementación.

Finalmente, se aprecia que no basta con tener sistemas de gestión en el papel, sino que es imprescindible que se ejecuten, haciendo el debido seguimiento por parte del alta directiva y las esferas gerenciales, de lo cual se podrá generar confianza tanto interna como en el entorno sobre la calidad y confianza que brindan las instituciones financieras.

* * *

Resumen La estandarización en el ámbito de la prevención de conductas que afectan el sistema económico y en particular, el financiero, ha impuesto serias regulaciones contentivas de exigencias en la debida diligencia para la prevención y mitigación de riesgos que afectan a la colectividad y a la propia imagen de las instituciones. Es por ello, por lo que las áreas vinculadas con la oportuna detección de riesgos de fraudes, corrupción, legitimación de capitales, delincuencia organizada y seguridad de la información, especialmente cuando a inteligencia artificial se refiere, derivan una serie de nuevas recomendaciones y regulaciones que se espera adopten las organizaciones, aun cuando dentro de sus territorios no estén expresamente regulados y sancionados. En tal sentido, se analizan los estándares y otras normas, sanciones, licencias y recomendaciones emanadas de organismos internacionales y nacionales, que establecen guías para la construcción de sistemas de *compliance* robustos en el ámbito financiero, garantizando la transparencia, ética, seguridad y responsabilidad en la prestación de servicios de intermediación financiera, que garanticen la protección de la información de los clientes y el sigilo bancario en general, a fin

de incrementar la fidelidad y confianza de los grupos de interés en la solidez y tranquilidad sobre sus inversiones y servicios.

Palabras clave: *Soft law*, estandarización, sistemas, gestión, riesgos penales, instituciones financieras. Recibido: 14-09-24. Aprobado: 13-12-24.

Compliance management systems for the prevention of fraud, corruption, and money laundering in financial institutions

Abstract: *Standardization in the area of prevention of conduct that affects the economic system, and in particular the financial system, has imposed serious regulations containing due diligence requirements for the prevention and mitigation of risks that affect the community and the image of institutions. Therefore, the areas linked to the timely detection of risks of fraud, corruption, money laundering, organized crime, and information security, especially when it comes to artificial intelligence, derive a series of new recommendations and regulations that organizations are expected to adopt, even when they are not expressly regulated and sanctioned within their territories. In this regard, the standards and other regulations, sanctions, licenses, and recommendations issued by international and national organizations are analyzed. These establish guidelines for building robust compliance systems in the financial sector, ensuring transparency, ethics, security, and accountability in the provision of financial intermediation services. These systems guarantee the protection of customer information and overall banking confidentiality, in order to increase stakeholder loyalty and confidence in the soundness and peace of mind of their investments and services. **Keywords:** *Soft law*, standardization, systems, management, criminal risks, financial institutions.*

Sobre los elementos esenciales de la contribución del deporte (A propósito de la actual «práctica determinativa» del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física)

Serviliano ABACHE CARVAJAL*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 23, 2025, pp. 235-266.

SUMARIO

1. Planteamiento del problema 2. La «desnaturalización» de la determinación tributaria de la contribución parafiscal del deporte: la «determinación mixta» que pretende realizar el Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física de la obligación tributaria del contribuyente, en abierta desatención del Código Orgánico Tributario y de la Constitución 3. La «desconfiguración» de los elementos esenciales de la contribución parafiscal del deporte en la «determinación mixta» que pretende el Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física 3.1. Tributos de actividad y de resultado. El hecho imponible y su delimitación de la base imponible

* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Abogado mención *Magna Cum Laude*; Especialista en Derecho Tributario, mención Honorífica; profesor y coordinador de la Especialización en Derecho Tributario. **Universidad de Alicante** (Alicante-España), Máster en Argumentación Jurídica, mención Sobresaliente. **Universidad de Santiago de Compostela** (Galicia-España), Curso de Experto en Fiscalidad Internacional. Socio del Despacho de Abogados Miembro de Baker McKenzie.

3.2. Los hecho y base imponibles establecidos en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física y su desconfiguración mediante la pretendida «determinación mixta» del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física **Conclusión**

1. Planteamiento del problema

Por razón de unas «fallas técnicas» que viene experimentando desde el 2018 la página web del Instituto Nacional del Deporte (IND), que imposibilitan a los contribuyentes presentar sus declaraciones –de manera electrónica– del «aporte» (*rectius*: contribución parafiscal) establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física¹, a partir del 2021 el Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física «modificó» («de hecho», no de Derecho) el procedimiento de determinación tributaria de acuerdo con el sujeto, que era –y sigue siendo, de conformidad con el Reglamento Parcial N.º 1 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física²– de «autodeterminación», esto es, la que realiza el propio sujeto pasivo por medio de la declaración (y autoliquidación) de tributos, y que ahora se ha pretendido «desnaturalizar» en una suerte de «determinación mixta».

En ese sentido, el Fondo Nacional le requiere información (*verbi gratia* su declaración de impuesto sobre la renta) al sujeto pasivo para –«junto» con él– realizar la determinación de la obligación tributaria y preparar(le) la declaración de esta contribución. Ese ente, en una franca extralimitación de sus atribuciones expresamente delimitadas por el ordenamiento jurídico, no solo deja de lado las normas especiales de la materia, sino también las generales establecidas en el Código Orgánico Tributario³ en cuanto al procedimiento de determinación («supuestos de aplicación» de las determinaciones mixtas,

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 39 741, del 23-08-11.

² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 39 872, del 28-02-12.

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 6507 extraordinario, del 29-01-20.

«orden de prelación» de las modalidades determinativas por el sujeto, etc.), así como la propia Constitución, al desarticular, en no pocos aspectos formales y sustanciales, el principio de capacidad económica de los contribuyentes.

Pero eso no es todo. En la pretendida «determinación mixta» a la que están siendo obligados los sujetos pasivos de la contribución parafiscal establecida en la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física por parte del Fondo Nacional, este ente, además, está llevando a cabo una «determinación» totalmente divorciada de las normas de la materia, al desconocer por completo la «hipótesis de incidencia» que disciplina el hecho imponible expresamente establecido por el artículo 68 de la Ley Orgánica, en desatención de los principios de legalidad tributaria y capacidad contributiva, en tanto límites constitucionales al ejercicio de la potestad y competencia tributaria.

Por razón de lo anterior, en este estudio analizaremos críticamente la actual «práctica determinativa» del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, específicamente en cuanto a su: i. «desnaturalización» de la determinación tributaria de la contribución parafiscal del deporte, mediante su implementación («de hecho», no de Derecho) de una pretendida «determinación mixta» de la obligación tributaria del contribuyente, a fines de evidenciar cómo la misma desatiende el «orden de prelación» de las modalidades de determinación tributaria por el sujeto, establecido en el artículo 140 del Código Orgánico Tributario, lo que a su vez supone la violación del principio constitucional de capacidad contributiva, por un lado, así como una clara desatención del debido procedimiento administrativo del contribuyente por «ausencia total y absoluta» del procedimiento legalmente establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, y en los artículos 49, 50, 51, 52, 56, 57 y 58 del Reglamento Parcial N.º 1 de la referida Ley, por el otro; y en relación con su: ii. «desconfiguración» de los hecho y base imponibles de la contribución parafiscal del deporte, mediante la pretendida «determinación mixta» del Fondo Nacional, cuestión que supone un desconocimiento de los principios de reserva legal tributaria y capacidad contributiva.

2. La «desnaturalización» de la determinación tributaria de la contribución parafiscal del deporte: la «determinación mixta» que pretende realizar el Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física de la obligación tributaria del contribuyente, en abierta desatención del Código Orgánico Tributario y de la Constitución

Como se precisó, desde el año 2018 el portal web del Instituto Nacional del Deporte, a través del cual los contribuyentes de la contribución parafiscal del deporte deben, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física y en los artículos 49, 50, 51, 52, 56, 57 y 58 del Reglamento Parcial N.º 1 de la Ley Orgánica, declarar y autoliquidar –por sí mismos– ese tributo, se encuentra «inhabilitado» por unas «fallas técnicas» que han imposibilitado la realización *on-line* de la «autodeterminación tributaria» –y subsecuente autoliquidación– mediante el indicado portal web.

Esta situación, en lo absoluto imputable a los sujetos pasivos de esa contribución parafiscal, que les ha imposibilitado realizar la declaración y autoliquidación del tributo a través del portal web del Instituto Nacional del Deporte, tal como lo establece la norma, ha desembocado en una serie de consecutivas violaciones «formales» y «materiales» al ordenamiento jurídico por parte del arbitrario actuar del referido Fondo Nacional.

Atendiendo la situación ocurrida sobre las «fallas técnicas» del portal web del Instituto Nacional del Deporte, en un primer momento el Fondo Nacional les comunicó a los sujetos pasivos de la contribución parafiscal que podían realizar su «autodeterminación» tributaria con un procedimiento *ad hoc*, consistente en habilitar una cuenta bancaria especial para el cumplimiento de esta obligación tributaria correspondiente al ejercicio fiscal regular 2018 y ejercicio fiscal irregular 2017-2018, invitando a los contribuyentes mediante correo electrónico:

... a realizar la determinación del tributo (con los descuentos de los pagos de estimada no conciliados de ser el caso) y el pago correspondiente conforme a lo indicado. Es decir, deben rebajarse el monto del aporte de la declaración definitiva del año a cancelar menos el monto de la estimada de haber sido cancelada, si no canceló estimada debe pagar el monto completo a que corresponda la declaración...

Lo mismo tuvo lugar para el ejercicio fiscal regular 2019 y ejercicio fiscal irregular 2018-2019, razón por la cual nuevamente el Fondo Nacional habilitó una cuenta bancaria especial para el cumplimiento de esta obligación tributaria, invitando a «los contribuyentes a realizar la determinación del tributo (con los descuentos de los pagos de estimada no conciliados de ser el caso) y el pago correspondiente conforme a lo indicado», cuestión que también ha sido comunicado vía correo electrónico.

Con estos procedimientos habilitados de manera sobrevenida, y por razón de las «fallas técnicas» experimentadas por el portal web del Instituto Nacional del Deporte, los contribuyentes podían cumplir materialmente con el procedimiento de «autodeterminación» tributaria, esto es, por sí mismos determinar la obligación que tuviese lugar en materia de la contribución parafiscal del deporte, consistente en declarar su existencia (o inexistencia) y, en caso de existencia, fijar su cuantía.

No obstante lo indicado, y como ya fuera precisado, a partir del 2021 el Fondo Nacional «modificó» («de hecho», no de Derecho) el procedimiento de determinación tributaria de acuerdo con el sujeto, que era –y sigue siendo, de conformidad con el Reglamento Parcial N.º 1 de la Ley Orgánica, como lo establecen sus artículos 49, 50, 51, 52, 56, 57 y 58– de «autodeterminación», esto es, la que realiza el propio sujeto pasivo por medio de la declaración y autoliquidación de tributos, y que ahora se ha pretendido «desnaturalizar» en una suerte de «determinación mixta», ya que el Fondo Nacional le requiere información (*verbi gratia* su declaración de impuesto sobre la renta) al sujeto pasivo para –«junto» con el contribuyente– realizar la determinación de la obligación tributaria y preparar(le) la declaración.

Con lo anterior, el Fondo Nacional se ha estado extralimitando de sus atribuciones, facultades y competencias administrativas expresamente designadas por el ordenamiento jurídico, en desatención del principio de legalidad administrativa, establecido en los artículos 137 y 141 de la Constitución, de acuerdo con los cuales:

Artículo 137.- La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Artículo 141.- La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Como se observa, no puede –no le está jurídicamente dado al– Fondo Nacional pretender «modificar» el procedimiento de «autodeterminación tributaria» establecido conjuntamente por la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física y su Reglamento Parcial N.º 1, de acuerdo con los cuales es el propio «contribuyente» quien «determina» la contribución parafiscal, esto es, i. «declara» su existencia (o inexistencia) y, en caso de existencia, ii. «fija» su cuantía. Así se establece expresamente en el artículo 68 de la Ley Orgánica:

Artículo 68.- Creación del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física. Se crea el Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, el cual estará constituido por los aportes realizados por empresas u otras organizaciones públicas y privadas que realicen actividades económicas en el país con fines de lucro; por las donaciones y cualquier otro aporte extraordinario que haga la República, los estados, los municipios o cualquier entidad pública o privada y por los rendimientos que dichos fondos generen.

El fondo principalmente será utilizado para el financiamiento de planes, proyectos y programas de desarrollo y fomento de la actividad física y el deporte, así como para el patrocinio del deporte, la atención integral y seguridad social de los y las atletas.

El aporte a cargo de las empresas u otras organizaciones indicadas en este artículo, será el uno por ciento (1 %) sobre la utilidad neta o ganancia contable anual, cuando esta supere las veinte mil Unidades Tributarias (20 000 U.T); y se realizará de acuerdo con los parámetros que defina el Reglamento de la presente Ley o en normas emanadas del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de deporte, actividad física y educación física. Este aporte no constituirá un desgravamen al Impuesto Sobre la Renta.

Se podrá destinar hasta el cincuenta por ciento (50 %) del aporte aquí previsto para la ejecución de proyectos propios del contribuyente, propendiendo al desarrollo de actividades físicas y buenas prácticas, y para el patrocinio del deporte, con sujeción a los lineamientos que al respecto emita el Instituto Nacional de Deportes.

Los lineamientos indicados en el párrafo anterior deberán ser actualizados cada dos años y deberán promover sistemáticamente la inversión en actividades físicas y deportes en todas las disciplinas, así como en deportes ancestrales para la masificación deportiva a nivel nacional.

Así como en los artículos 49, 50, 51, 52, 56, 57 y 58 del Reglamento Parcial N.º 1, de acuerdo con los cuales:

Artículo 49.- Obligación de declarar. Todo sujeto pasivo que se inscriba por primera vez en el Registro del Fondo Nacional del Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física está obligado a declarar los ejercicios económicos sucesivos, así su utilidad neta o ganancia contable sea menor a veinte mil Unidades Tributarias (20 000 UT) y no esté obligado a aportar.

Artículo 50.- Declaración en línea y plazo para declarar. La declaración y autoliquidación del aporte previsto en el artículo 68 de la Ley Orgánica

de Deporte, Actividad Física y Educación Física, deberá realizarse en línea mediante el portal o página web y de acuerdo a los manuales, instructivos y resoluciones que el Instituto Nacional del Deporte emita, dentro de los ciento veinte (120) días continuos al cierre del ejercicio contable del sujeto pasivo.

Artículo 51.- Pago total. Los sujetos pasivos del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, a través del Portal Fiscal del Instituto Nacional de Deportes y dentro del plazo establecido en el presente Reglamento, podrán declarar y enterar al Instituto Nacional de Deportes, en efectivo, la totalidad de su obligación legal.

Artículo 52.- Pago en porciones. Cuando los sujetos pasivos del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, decidan, de acuerdo al artículo anterior, realizar el aporte en su totalidad en efectivo, su liquidación podrá realizarse en tres (3) porciones, el primer pago al momento de declarar y las restantes dos (2) con un plazo de hasta veinticinco (25) días continuos entre cada pago.

Artículo 56.- Declaración estimada. Los sujetos pasivos deberán realizar una declaración estimada del aporte para el Fondo Nacional del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física. Dicha declaración estimada será el cero coma veinticinco por ciento (0,25 %) de la utilidad neta o ganancia contable del ejercicio económico del año inmediatamente anterior y deberá ser realizada en línea mediante el portal o página web del Instituto Nacional de Deportes según los manuales, instructivos y resoluciones que este emita, se declarará a los ciento noventa (190) días del cierre contable de los sujetos pasivos y su liquidación podrá realizarse en tres (3) porciones, con un plazo de hasta treinta (30) días continuos entre cada pago.

Artículo 57.- Certificaciones de pago. El Instituto Nacional de Deportes emitirá una solvencia electrónica de pago, una vez el aporte al Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, sea declarado y enterado por parte del sujeto pasivo.

Dicha solvencia electrónica será emitida de acuerdo a las providencias que al efecto emanen del Instituto Nacional de Deportes, que establecerán sus requisitos, forma de emisión y características.

Artículo 58.- Pago en exceso. El Instituto Nacional de Deportes reconocerá para la declaración y liquidación del aporte establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, el pago que se haya realizado en exceso, el ejercicio del año inmediatamente anterior.

Puede apreciarse de los citados enunciados, que le corresponde al contribuyente –y «solo» al contribuyente– realizar la «determinación tributaria» de su posible obligación en materia de la contribución parafiscal del deporte (nuevamente: se trata de un «tributo autodeterminable»), por lo que mal puede el Fondo Nacional –sin violar la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física y su Reglamento Parcial N.º 1, así como, por vía de consecuencia, los artículos 137 y 141 de la Constitución– pretender «modificar» la «modalidad subjetiva» de realización del procedimiento de «determinación tributaria» expresamente disciplinada por las normas indicadas.

Sabido es que las propiedades definitorias del procedimiento de determinación tributaria se desenvuelven en dos aspectos clave: i. la declaración de la «existencia o inexistencia» de la obligación (*an debeatur*); y, en caso de existencia, ii. la fijación o precisión de su «cuantía» (*quantum debeatur*). Así lo enseña, entre otros, VILLEGAS, para quien la determinación tributaria «es el acto o conjunto de actos dirigidos a precisar en cada caso si existe una deuda tributaria (*an debeatur*), quién es el obligado a pagar el tributo al fisco (sujeto pasivo) y cuál es el importe de la deuda (*quantum debeatur*)»⁴.

La más calificada doctrina venezolana en estos temas, encabezada por VAN DER VELDE HEDDERICH, por su parte explicó que «debemos aplicar el vocablo determinación para identificar a esa operación mediante la cual se busca

⁴ VILLEGAS, Héctor Belisario: *Curso de finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. 8.ª, Editorial Astrea. Buenos Aires, 2002, p. 395.

precisar la existencia, o inexistencia, de la obligación tributaria, en cada caso en particular, con todos los elementos referidos al sujeto activo, al sujeto pasivo, a la base imponible, al monto de la deuda tributaria o liberación de esta»⁵.

Pues bien, este procedimiento tributario, que goza de la mayor relevancia en la dinámica del tributo, puede a su vez ser realizado por los distintos sujetos de la relación jurídico-tributaria, bien sea el sujeto pasivo, el sujeto activo o ambos conjuntamente, como bien lo establece el Código Orgánico Tributario en su artículo 140, de acuerdo con el cual:

Artículo 140.- Los contribuyentes y responsables, ocurridos los hechos previstos en la Ley cuya realización origina el nacimiento de una obligación tributaria, deberán determinar y cumplir por sí mismos dicha obligación o proporcionar la información necesaria para que la determinación sea efectuada por la Administración Tributaria, según lo dispuesto en las leyes y demás normas de carácter tributario.

No obstante, la Administración Tributaria podrá proceder a la determinación de oficio, sobre base cierta o sobre base presuntiva, así como solicitar las medidas cautelares conforme a las disposiciones de este Código, en cualesquiera de las siguientes situaciones...

Se aprecia, entonces, que la primera parte de la norma hace referencia a la denominada «autodeterminación» («... deberán determinar y cumplir por sí mismos...»); la segunda parte regula la «determinación mixta» («... o proporcionar la información necesaria para que la determinación sea efectuada por la Administración Tributaria...»); y, en tercer lugar, el segundo párrafo de la disposición en comentarios establece la «determinación oficiosa» («... la Administración Tributaria podrá proceder a la determinación de oficio...»); siendo de meridiana importancia que, como la misma norma lo establece, en cualquiera de los casos se ejecutará la determinación (por el sujeto pasivo, por ambos sujetos o por el sujeto activo), «según lo dispuesto en las leyes y demás normas de carácter tributario».

⁵ VAN DER VELDE HEDDERICH, Ilse: *In memoriam Ilse van der Velde Hedderich*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2001, p. 6.

También se ha considerado, con razón, que existe un «orden de prelación» en cuanto a la «determinación por el sujeto», de acuerdo a lo plasmado en el referido artículo 140, debiendo realizarse de la siguiente manera: i. en primer lugar, por el sujeto pasivo de la obligación tributaria; ii. en segundo lugar, de forma mixta (sujetos pasivo y activo), y iii. en tercer lugar, por el sujeto activo, esto es, la Administración Tributaria⁶. Sobre este importante aspecto, volveremos más adelante en detalle.

Por lo pronto, lo relevante es tener en cuenta que todas estas modalidades de determinación por el sujeto, que hemos podido atender en el pasado⁷, y en los términos que las regula nuestra legislación, permiten apreciar con meridiana claridad en qué consiste el importantísimo procedimiento de determinación tributaria, a la vez que precisan de forma diferenciada las distintas modalidades en las que este procedimiento puede llevarse a cabo en atención al «sujeto» de la relación jurídico-tributaria que esté obligado a hacerlo, «conforme la ley de la materia».

Pues bien, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 140 del Código Orgánico Tributario («Los contribuyentes y responsables, ocurridos los hechos previstos en la Ley cuya realización origina el nacimiento de una obligación tributaria, deberán determinar y cumplir por sí mismos dicha obligación o proporcionar la información necesaria para que la determinación sea efectuada por la Administración Tributaria, según lo dispuesto en las leyes y demás normas de carácter tributario»), se observa que los citados artículos 49, 50, 51, 52, 56, 57 y 58 del Reglamento Parcial N.º 1, en desarrollo del artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, establecen en total y absoluto detalle la modalidad de determinación tributaria («por el sujeto») que debe tener lugar a fines de declarar la «existencia o inexistencia» (*an debeat*) y, en caso de existencia, fijar

⁶ Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Salvador: *El procedimiento de fiscalización y determinación de la obligación tributaria*. Fraga Sánchez & Asociados. Caracas, 2005, p. 35.

⁷ ABACHE CARVAJAL, Serviliano: «La determinación de la obligación tributaria». En: *Manual de Derecho Tributario venezolano*. T. I. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. J. SOL GIL, coord. Caracas, 2013, pp. 460-476.

la «cuantía» (*quantum debeatur*) de la obligación tributaria en materia de la contribución parafiscal que nos ocupa.

Como se puede fácilmente apreciar de los artículos en referencia, todos, sin excepción, hacen «expresa» mención a la modalidad de «determinación por parte del sujeto pasivo» o a la «autodeterminación», estableciendo –exclusivamente– en cabeza del contribuyente la obligación de «declarar» (la existencia o inexistencia) y «liquidar» (fijar la cuantía) de su obligación tributaria en materia de la contribución parafiscal delimitada en la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física. Esto recoge, entonces, lo planteado sobre la concepción de la «autodeterminación tributaria» como la forma por excelencia a través de la cual se declara la existencia y cuantía de la obligación fiscal, modalidad esta que realiza el propio sujeto pasivo, por medio de la declaración y autoliquidación de los tributos.

Aunado a lo anterior, regresando ahora al aspecto anteriormente enunciado sobre el «orden de prelación» de las modalidades determinativas por el sujeto, debemos otra vez hacernos de las consideraciones de la doctrina, en esta oportunidad en la preclara explicación de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, quien con todo tino precisa esta importante cuestión en los términos siguientes:

En consecuencia, puede afirmarse que el Código Orgánico Tributario establece un orden de prelación en las distintas formas de llevarse a cabo el proceso de determinación tributaria, a saber:

1. En primer término, los contribuyentes deberán determinar y cumplir por sí mismos la obligación tributaria (artículo 130 del Código Orgánico Tributario).
2. De no estar prevista o consagrada en la Ley especial respectiva la autodeterminación, se le impone al sujeto pasivo la obligación de proporcionar la información necesaria, a través por ejemplo de la declaración del hecho imponible, para que la determinación sea efectuada por la Administración Tributaria; y
3. Por último, en el orden previsto, la Administración Tributaria podrá proceder a la determinación oficiosa, bien sobre base cierta o sobre

base presunta, solo en los supuestos previstos en el artículo 130 del Código Orgánico Tributario⁸.

Lo planteado por SÁNCHEZ GONZÁLEZ se desprende del decurso normativo del hoy vigente artículo 140 del Código Orgánico Tributario, ya citado, con lo cual es forzoso afirmar que, solo en caso de no estar prevista en la «ley especial» de la materia (en este caso, la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física y su Reglamento Parcial N.º 1), la modalidad de autodeterminación es que el sujeto pasivo suministrará a la Administración Tributaria de que se trate la información necesaria para que esta realice la determinación con base en esa información, esto es, se lleve a cabo la «determinación mixta» de la obligación tributaria.

Este «orden de prelación» obedece, como es ampliamente sabido, a que está en juego –nada más y nada menos– que el principio (y derecho⁹) constitucional a la «capacidad contributiva» del sujeto pasivo, conforme con el cual estos deben tributar sobre su real y efectiva capacidad económica, en los términos que lo regula el artículo 316 de la Constitución, de acuerdo con el cual:

Artículo 316.- El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas publicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población; para ello se sustentará en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos.

⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ: ob. cit., p. 35.

⁹ Carta de derechos del contribuyente para los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario: Derecho N.º 14 «Derecho a la igualdad tributaria y a la tributación de acuerdo con la capacidad contributiva individual. En función de ello, el contribuyente tiene derecho a ser gravado por actos, hechos o circunstancias que sean indicativos de riqueza real, efectiva y actual (exclusión de los tributos que gravan capacidad económica ficticia) y a que la cuantificación tenga en cuenta la capacidad singular manifestada por cada contribuyente», http://iladt.org/FrontEnd/docs/Carta_Derechos_Contribuyente_ILADT_aprobada_y_Presentacion.pdf.

Lo anterior tiene un fundamento lógico: nadie mejor que el contribuyente para «conocer» y, con ello, «determinar» la existencia (o inexistencia) de «sus» obligaciones tributarias y, en caso de que estas hayan nacido por verificación del hecho imponible, proceder a cuantificarlas. Es por ello, en franca recepción del principio (y derecho) de capacidad contributiva, que el Código Orgánico Tributario establece el indicado «orden de prelación», para que sea el propio sujeto pasivo quien, en primer lugar, esté llamado a determinar sus obligaciones tributarias, y solo en segundo lugar y de así establecerlo expresamente la ley especial de la materia, proceder a una determinación mixta de «no estar establecida la autodeterminación».

Se observa, entonces, que deben darse «concurrentemente» los supuestos siguientes para que siquiera se pueda considerar que la obligación tributaria deba determinarse de manera mixta, a saber: i. no estar establecido en la ley especial de la materia la modalidad de autodeterminación tributaria o determinación por el propio sujeto pasivo; y ii. que además de esa ausencia, la ley especial de la materia discipline la determinación mixta como la modalidad por el sujeto que registrará en la determinación del tributo de que se trate.

Pues bien, como ha podido notarse y así se desprende de una simple lectura de los artículos 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, y de los artículos 49, 50, 51, 52, 56, 57 y 58 del Reglamento Parcial N.º 1: i. sí está expresamente establecido en la ley especial de la materia y en su reglamento que la modalidad de determinación de esta contribución parafiscal es la «autodeterminación» o «determinación por el sujeto pasivo»; y ii, no está establecido –ni expresa ni tácitamente– en la ley especial de la materia y en su reglamento que la modalidad de determinación de esta contribución parafiscal sea la «determinación mixta» que ha pretendido ser ejecutada por el Fondo Nacional para la determinación de las eventuales obligaciones tributarias de los contribuyentes para los ejercicios fiscales 2019 y 2020, como se evidencia de las actuales solicitudes de información (*verbi gratia* declaraciones de impuesto sobre la renta) que ese ente ha estado realizando para «determinar» el tributo en cuestión.

Es así como, de acuerdo con lo precisado, luce evidente la violación del ordenamiento jurídico por parte del Fondo Nacional mediante su improvisada «determinación mixta», en la cual se pretende que los sujetos pasivos le suministren la información para que ese ente proceda a determinar la existencia (o inexistencia) y, de existir, fijar la cuantía, de la obligación tributaria, modalidad esta de determinación «no establecida» en norma alguna contenida en la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física ni en su Reglamento Parcial N.º 1. Todo lo anterior, en lugar de permitirles a los contribuyentes –como se hizo en los ejercicios 2018 y 2019, mediante la habilitación de una cuenta bancaria especial para el cumplimiento de esta obligación tributaria– realizar la «autodeterminación tributaria» (declaración y autoliquidación) de la contribución parafiscal a la que está «obligada», de acuerdo con la Ley y Reglamento de la materia.

Por vía de consecuencia, la situación descrita supone una palpable violación del «orden de prelación» de las modalidades de determinación tributaria por el sujeto, con lo cual se está conculcando el citado artículo 140 del Código Orgánico Tributario, así como el superior principio (y derecho) constitucional a la capacidad contributiva de los contribuyentes.

Y como si lo anterior no fuera suficiente, también el Fondo Nacional ha estado incurriendo en la más patente violación del derecho al debido procedimiento administrativo de los contribuyentes previsto en el artículo 49 de la Constitución, por «ausencia total y absoluta» del procedimiento legalmente establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, y en los artículos 49, 50, 51, 52, 56, 57 y 58 del Reglamento Parcial N.º 1, lo que de suyo supone un manifiesto quebrantamiento del principio de legalidad administrativa, establecido en los artículos 137 y 141 de la Constitución, por dejar de lado el procedimiento legalmente establecido de determinación tributaria por el sujeto pasivo o de autodeterminación.

En suma, la «desnaturalización» de la determinación tributaria de la contribución parafiscal del deporte, mediante la suerte de «determinación mixta»

que pretende realizar el Fondo Nacional de la obligación tributaria del contribuyente, se presenta como una abierta y grosera transgresión del Código Orgánico Tributario y de la Constitución, de ahí que los contribuyentes no estén obligados, en lo absoluto, a actuar como ilegal e inconstitucionalmente lo pretende ese Ente, lo cual paradójicamente supondría que, de hacerlo, sean los propios contribuyentes quienes se coloquen al margen del ordenamiento jurídico, por demás en desmedro de sus propios derechos constitucionales.

3. La «desconfiguración» de los elementos esenciales de la contribución parafiscal del deporte en la «determinación mixta» que pretende el Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física

Aunado a lo recién planteado sobre la pretendida –ilegal e inconstitucional– «determinación mixta» que se encuentra realizando el Fondo Nacional, lo cierto es que, además, las «determinaciones» que está realizando se encuentran totalmente al margen de la «hipótesis de incidencia» disciplinada en el hecho imponible de este tributo, en los términos que lo establece el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física. En efecto, de conformidad con el citado enunciado:

Artículo 68.- Creación del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física. Se crea el Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, el cual estará constituido por los aportes realizados por empresas u otras organizaciones públicas y privadas que realicen actividades económicas en el país con fines de lucro; por las donaciones y cualquier otro aporte extraordinario que haga la República, los estados, los municipios o cualquier entidad pública o privada y por los rendimientos que dichos fondos generen...

Del tenor literal de la norma contenida en el artículo 68, se muestra con meridiana claridad que la «hipótesis de incidencia» establecida como hecho imponible de esta contribución parafiscal se identifica con la «realización

de actividades económicas en el país con fines de lucro», por parte empresas u organizaciones públicas y privadas, cuestión que permite apreciar que estamos ante un tributo que grava una «actividad», no un resultado. A este aspecto nos dedicaremos a continuación.

3.1. Tributos de actividad y de resultado. El hecho imponible y su delimitación de la base imponible

En el análisis de los tributos se ha abordado la distinción analítica entre tributos de «actividad» y tributos de «resultado», diferencia esta que se viene a concretar, como se observa en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, en el diseño del hecho imponible del tributo, esto es, en la delimitación de la hipótesis de incidencia o supuesto de hecho cuya realización da lugar al nacimiento de la obligación tributaria, como bien lo establece el artículo 13 del Código Orgánico Tributario, de acuerdo con el cual:

Artículo 13.- La obligación tributaria surge entre el Estado, en las distintas expresiones del Poder Público, y los sujetos pasivos, en cuanto ocurra el presupuesto de hecho previsto en la ley. La obligación tributaria constituye un vínculo de carácter personal, aunque su cumplimiento se asegure mediante garantía real o con privilegios especiales.

Dentro de la doctrina que mejor explica esta diferencia entre tributos de actividad y tributos de resultado, a propósito del extenso desarrollo que ha tenido lugar en cuanto al impuesto sobre la renta, se encuentran, entre tantos, BLUMENSTEIN y JARACH. En palabras de BLUMENSTEIN: «Es decisiva (...) la consideración de que el impuesto a los réditos no grava la actividad lucrativa en sí, sino su efecto económico, es decir, el rédito y la capacidad contributiva así manifestada»¹⁰. Por su parte, enseña JARACH que: «el impuesto a los réditos no grava la actitud profesional o las relaciones jurídicas que se le refieren, sino su resultado económico»¹¹.

¹⁰ BLUMENSTEIN, Ernst: «Die Auslegung der Steuergesetze in der schweizerischen Rechtsprechung». En: *Archiv für schweizerisches*. Vol. 8. Abgaberecht, p. 236.

¹¹ JARACH, Dino: *El hecho imponible. Teoría general del Derecho Tributario sustantivo*. 3.^a, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982, p. 137.

Con lo anterior, fácil es ver que, así como algunos tributos delimitan sus hechos imponibles con base en la realización de «actividades económicas», otros lo hacen con fundamento en los «resultados» obtenidos por el contribuyente, al margen de la actividad económica de este, cuyo ejemplo paradigmático es, precisamente, el impuesto sobre la renta.

Partiendo de la explicación de la más reconocida doctrina y del propio contenido del artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física es evidente que, en el caso de la contribución parafiscal del deporte, nos encontramos ante un indiscutible «tributo de actividad». Nuevamente: su hecho imponible se centra en la «realización de actividades económicas en el país con fines de lucro».

Ahora bien, la razón de la máxima importancia que tiene –en el análisis que nos ocupa– entender la configuración, diseño o hipótesis de incidencia del hecho imponible de la contribución parafiscal establecida en la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, es porque, como también es ampliamente conocido, la base imponible –de este y cualquier tributo– se identifica con la «expresión cuantitativa de su hecho imponible».

Tenemos, entonces, que estos dos elementos esenciales o constitutivos del tributo están íntimamente «vinculados», son virtualmente inseparables, en la medida que el primero (el hecho imponible) delimita «cualitativamente» la hipótesis que será gravada por la ley fiscal, mientras que el segundo (la base imponible) disciplina «cuantitativamente» dicha hipótesis. Como se indicaba, la base imponible se identifica con el «cifrado o dimensión cuantitativa» del hecho imponible.

Así lo enseña JARACH, para quien la base imponible inclusive forma parte del hecho imponible, a efectos de su valoración cuantitativa. De esta manera lo plantea:

La base imponible representa uno de los elementos constitutivos del hecho imponible y responde a la necesidad de cuantificar dicho presupuesto de

hecho a fin de aplicar sobre esa cantidad el porcentaje o la escala progresiva cuya utilización dará como resultado el importe del impuesto.

La adecuación del monto del impuesto a la magnitud de los hechos económicos que constituyen los presupuestos legales de las obligaciones tributarias, implica –necesariamente– una medición de los hechos imposables, es decir la aplicación de una unidad de medida que permita transformar esos hechos en cantidades, a las que se aplicarán las alícuotas correspondientes¹².

Otro tanto agrega FERREIRO LAPATZA al abordar la noción de la base imponible, a propósito de su vinculación con el hecho imponible, en los términos siguientes: «Haciendo abstracción ahora de los casos concretos, podemos definir la base imponible como la dimensión o magnitud de un elemento del presupuesto objetivo del hecho imponible que se juzga como determinante de la capacidad contributiva relativa»¹³, cuestión que expresa BARROS CARVALHO

¹² JARACH, Dino: *Finanzas públicas y Derecho Tributario*. 2.^a reimp., Editorial Cangallo. Buenos Aires, 1993, p. 388. Más ampliamente, el autor italo-argentino llegó a considerar lo que sigue: «La relación jurídica tributaria, en cuanto nace de la ley, exige como requisito fundamental para su nacimiento que se verifique en la realidad fáctica el hecho o los hechos definidos abstractamente por la ley como supuestos de la obligación. Este presupuesto de hecho se compone, a su vez, de diferentes elementos: en primer término, los hechos objetivos contenidos en la definición legal del presupuesto; en segundo término, la determinación subjetiva del sujeto o de los sujetos que resulten obligados al pago del gravamen y el momento de vinculación del presupuesto de hecho con el sujeto activo de la imposición; en tercer término, la base de medición, llamada también base imponible, esto es, la adopción de parámetros que sirvan para valorar cuantitativamente los hechos cuya verificación origina la obligación; en cuarto término, la delimitación en el espacio y en el tiempo de esos hechos; en quinto término la cantidad expresada en una suma finita o bien en un porcentaje o alícuota aplicable a la base imponible, que representa o arroja como resultado el *quantum* de la obligación tributaria», JARACH, Dino: *Curso superior de Derecho Tributario*. Liceo Profesional Cima. Buenos Aires, 1969, pp. 174 y 175. También planteó la confusión que, en ciertos casos, puede tener lugar entre ambas categorías, como bien lo precisó: «Por las razones que he indicado anteriormente, es característica del impuesto esta adherencia entre la base de medición y el propio aspecto objetivo del hecho imponible; adherencia que, en ciertos casos, puede aparecer como confusión de los dos conceptos», *ibíd.*, p. 229.

¹³ FERREIRO LAPATZA, José Juan: *Derecho Financiero español*. Marcial Pons. Madrid, 1992, p. 491.

de otra manera también accesible, identificando «la hipótesis tributaria como calificadora normativa de lo fáctico»¹⁴, mientras que «la base de cálculo es la cuantificadora normativa de lo fáctico»¹⁵.

Sobre la íntima vinculación o conexión existente entre el hecho imponible y la base imponible, siempre debe tenerse en cuenta el pronunciamiento judicial venezolano líder en este tema, dictado por la (otrora) Corte Suprema de Justicia. Nos referimos al voto salvado por el Dr. Luis FARÍAS MATA en la sentencia del 14 de diciembre de 1983, en el cual enseñó lo siguiente:

La base imponible es la medición o cuantificación del hecho generador del impuesto o hecho imponible; esto es, que no puede haber divorcio entre uno y otro, ni en lo material, ni en lo temporal (...) Que no hay posibilidad de escindir, ni conceptualmente ni a efectos prácticos, las nociones de hecho generador y de base imponible lo reconoce, además, una sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, del 18 de noviembre de 1965¹⁶.

Y es que, en efecto, es así. No es posible en lo «conceptual», ni viable en lo «práctico», escindir las categorías del hecho imponible y la base imponible. Esto no tendría sentido. Amén de presentarse como un serio sesgo conceptual, tal pretensión tendría como consecuencia una incorrecta cuantificación de la base imponible y, por vía de consecuencia, una irreal consulta a la capacidad contributiva del contribuyente.

¹⁴ DE BARROS CARVALHO, Paulo: *Derecho Tributario. Fundamentos jurídicos de la incidencia*. 2.ª, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 204.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ CSJ/Corte en Pleno, sent. del 14-12-83, voto salvado por el Dr. Luis FARÍAS MATA, caso Becoblohm Puerto Cabello C.A. *et al.*, acción de nulidad por inconstitucionalidad contra Ordenanza del Concejo Municipal del distrito Puerto Cabello del estado Carabobo. En igual sentido, entre otras más recientes, véase: TSJ/SC, sent. N.º 59, del 04-02-04; Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Centro Occidental, sent. del 13-10-04, caso Distribuidora Polar Centro Occidental, S.A. (DIPOCOSA) v. Alcaldía del municipio Irribarren del estado Lara.

Por ello, es solo lógico afirmar que lo que no esté dentro del ámbito de incidencia del hecho imponible, esto es, lo que no integre la hipótesis que la norma tipifica como hecho imponible, al calificar técnicamente como un «supuesto de no sujeción», evidentemente no podrá ser tomado en cuenta como base imponible, no podrá cifrarse desde una dimensión cuantitativa. Pensar lo contrario supondría un patente desconocimiento de la íntima relación entre el hecho y la base imponible de cualquier tributo, se traduciría en pretender cuantificar lo que cualitativamente no está gravado y, con ello, en una injustificada –ilegal e inconstitucional– extralimitación en la determinación tributaria de cara a precisar la base imponible como representación cuantitativa del hecho imponible.

Un divorcio como el planteado entre el hecho imponible y la base imponible sería contradictorio con los artículos 115, 133 y 317 de la Constitución, y con los artículos 3 y 2, parágrafo 2 del Código Orgánico Tributario, en los cuales se disciplina el elemental principio (y derecho¹⁷) de reserva legal tributaria, conforme con el cual solo la ley puede delimitar los elementos esenciales o constitutivos del tributo, a saber: hecho imponible, base imponible, alícuota –con la excepción normada en el artículo 3, parágrafo 2 del Código Orgánico Tributario¹⁸– y sujeto pasivo. De acuerdo con los artículos indicados de la Constitución:

Artículo 115.- Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que

¹⁷ Carta de derechos del contribuyente para los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario: Derecho N.º 1 «Derecho a que toda prestación patrimonial pública, sea o no tributaria (y siempre que sea coactiva de hecho o de derecho), se establezca por ley».

¹⁸ «Artículo 3.- (...) Parágrafo 2: En ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal por este artículo, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Parágrafo Tercero de este artículo. No obstante, la ley creadora del tributo correspondiente, podrá autorizar al Ejecutivo Nacional para que proceda a modificar la alícuota del impuesto, en los límites que ella establezca».

establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Solo 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.

Artículo 133.- Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley.

Artículo 317.- No podrá cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

Y del Código:

Artículo 3.- Solo a las leyes corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código las siguientes materias:

1. Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho imponible; fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo.
2. Otorgar exenciones y rebajas de impuesto.
3. Autorizar al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales.
4. Las demás materias que les sean remitidas por este Código.

Artículo 2.- (...)

Parágrafo 2: A los efectos de este Código se entenderán por leyes los actos sancionados por las autoridades nacionales, estatales y municipales actuando como cuerpos legisladores.

Pues bien, como la mejor doctrina lo ha desarrollado con total solvencia, un elemento integrante del principio constitucional de reserva legal tributaria o legalidad tributaria es el denominado principio de «tipicidad tributaria», que,

como explica GARCÍA NOVOA: «tiene sus orígenes en la vinculación del nacimiento del tributo a la realización de un determinado presupuesto de hecho»¹⁹.

Partiendo de lo anterior, y teniendo en cuenta que el principio de tipicidad tributaria viene a disciplinar el «hecho imponible» del tributo, una pretendida «cuantificación» del mismo a través de una «base imponible» que no se ajuste a lo «cualitativamente» definido como hecho imponible supondría, además del aludido divorcio entre el hecho imponible y la base imponible, una preclara violación del principio de tipicidad del tributo y, con este, del principio de reserva legal tributaria.

3.2.El hecho y la base imposables establecidos en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física y su desconfiguración mediante la pretendida «determinación mixta» del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física

Teniendo en cuenta lo desarrollado sobre la importancia de entender la diferencia analítica entre los tributos de «actividad» y los de «resultado», así como sobre la «definición del hecho imponible» en la ley de que se trate, y la imposibilidad conceptual de «escindir o divorciar» las categorías del hecho imponible y la base imponible, enseguida analizaremos críticamente las pretendidas –ilegales e inconstitucionales– «determinaciones mixtas» que está llevando a cabo el Fondo Nacional.

En primer lugar, no cabe la menor duda de que la contribución parafiscal establecida en la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física y desarrollada en Reglamento Parcial N.º 1 es un «tributo de actividad» (no de resultado). Esto se aprecia del discurso normativo del artículo 68 de la Ley Orgánica, conforme con el cual el aspecto material de su «hecho imponible» consiste, a tenor literal, en que se «realicen actividades económicas en el país con fines de lucro».

¹⁹ GARCÍA NOVOA, César: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Marcial Pons. Madrid, 2000, p. 114.

En segundo lugar, el «aspecto espacial» de dicho hecho imponible se circunscribe o limita a la realización de dichas actividades económicas «en el país», con lo cual fácilmente se observa que, por argumento a contrario, no integra la dimensión espacial del hecho imponible de la contribución parafiscal establecida en el artículo 68 de la Ley Orgánica, las actividades económicas realizadas «fuera» del país. De nuevo, a tenor literal el enunciado indica que el aspecto espacial del hecho imponible se centra en que se «realicen actividades económicas en el país con fines de lucro», en los términos que expresamente lo desarrolla el Reglamento Parcial N.º 1, en su artículo 47, de acuerdo con el cual:

Artículo 47.- Sujetos pasivos. A los fines del artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, la obligación de cumplir con el aporte al Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, corresponde a los siguientes sujetos pasivos que realicen actividades económicas en el territorio nacional y cuya utilidad neta o ganancia contable de acuerdo a este Reglamento, es superior a veinte mil Unidades Tributarias (20 000 UT):

1. Sociedades mercantiles públicas y privadas.
2. Sociedades civiles, públicas o privadas con fines de lucro.
3. Cualquier otra persona jurídica que dentro del territorio de la República realice actividades con fines de lucro.

En tercer lugar, y aun cuando no reviste mayor importancia en el análisis que nos ocupa, dicha actividad económica, realizada en el país, debe además tener «fines lucrativos» o, como expresamente lo indica el artículo 68 de la Ley Orgánica, el «aspecto material» del hecho imponible de este tributo comprende que se «realicen actividades económicas en el país con fines de lucro».

De las fisonomías destacadas del «hecho imponible» de la contribución parafiscal establecida en la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, esto es, de los aspectos «material» y «espacial» de dicho hecho imponible, se evidencia que son tres los elementos que integran la definición legal de la hipótesis de incidencia del hecho imponible en cuestión,

a saber: i. que se realicen actividades económicas; ii. en el país, y iii. con fines de lucro. Por argumento a contrario, si no se realizan i. actividades económicas; ii. en el país, y iii. con fines de lucro; pues entonces tales actividades no estarán comprendidas dentro de los aspectos material y espacial del hecho imponible de la contribución parafiscal del deporte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física y, por ello, tampoco formarán parte (no pueden hacerlo) de la «base imponible» de la misma. Una vez más: lo que no es hecho imponible en lo «cualitativo», mal puede ser base imponible en lo «cuantitativo».

Lo anterior permite apreciar, entonces, que todo lo que no encuadre dentro de la definición legal «tipificada» de los aspectos material y espacial del hecho imponible establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, califica sin más como un «supuesto de no sujeción» y, con ello, será de total y absoluta «irrelevancia fiscal» a fines de la contribución parafiscal del deporte.

Ahora, es a partir de lo expuesto sobre el hecho imponible, en lo general, y sobre el hecho imponible disciplinado en la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física para la contribución parafiscal que regula, en lo particular, que necesariamente debe interpretarse el mismo artículo 68 de la Ley, así como los artículos 47, 48 y 49 del Reglamento Parcial N.º 1, en cuanto a la definición de la «base imponible» de este tributo. De acuerdo con estos artículos, respectivamente:

Artículo 68.- Creación del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física (...) El aporte a cargo de las empresas u otras organizaciones indicadas en este artículo, será el uno por ciento (1 %) sobre la utilidad neta o ganancia contable anual, cuando esta supere las veinte mil Unidades Tributarias (20 000 U.T.)...

Artículo 47.- Sujetos pasivos. A los fines del artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, la obligación de cumplir con el aporte al Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte,

la Actividad Física y la Educación Física, corresponde a los siguientes sujetos pasivos que realicen actividades económicas en el territorio nacional y cuya utilidad neta o ganancia contable de acuerdo a este Reglamento, es superior a veinte mil Unidades Tributarias (20 000 UT)...

Artículo 48.- Aporte y base imponible. De conformidad a lo establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, el aporte al Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, es el uno por ciento (1 %) de la utilidad neta o ganancia contable de acuerdo a este Reglamento, de los sujetos pasivos, cuando dicha utilidad neta o ganancia contable es superior a veinte mil Unidades Tributarias (20 000 UT).

Artículo 49.- Obligación de Declarar. Todo sujeto pasivo que se inscriba por primera vez en el Registro del Fondo Nacional del Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física está obligado a declarar los ejercicios económicos sucesivos, así su utilidad neta o ganancia contable sea menor a veinte mil Unidades Tributarias (20 000 UT) y no esté obligado a aportar.

Pues bien, como expresamente lo indican todos los artículos anteriores, tanto el citado de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, como los establecidos en su Reglamento Parcial N.º 1, la «base imponible» de este tributo se identifica con la «utilidad neta o ganancia contable», siempre y cuando la misma sea «superior a veinte mil Unidades Tributarias (20 000 UT)».

Dejando de lado, por carecer de relevancia a nuestros fines, la base mínima (cuantitativa) a partir de la cual se verifica el hecho imponible (cuando la utilidad neta o ganancia contable sea superior a 20 000 UT), y enfocándonos en la definición (cualitativa) de los citados artículos (utilidad neta o ganancia contable), resulta apreciable que tal «utilidad neta o ganancia contable» solo podrá referirse, de conformidad con la definición de los aspectos material y espacial del hecho imponible, a la «utilidad neta o ganancia contable» que el contribuyente produzca por la realización de sus: i. actividades económicas;

ii. en el país, y iii con fines de lucro. O, como se ha expuesto, solo podrá expresarse «cuantitativamente» como base imponible (utilidad neta o ganancia contable), lo que en efecto califique «cualitativamente» como hecho imponible (actividades económicas; en el país, y con fines de lucro).

Con lo anterior se evidencia, en sentido práctico, la diferencia fundamental entre los tributos de actividad y los tributos de resultado. En los primeros, solo podrá cuantificarse como base imponible lo que se produzca de la «actividad gravada» como hecho imponible. Mientras que, en los segundos, podrá cuantificarse como base imponible lo que simplemente se identifique con el «resultado» obtenido por el contribuyente, indistintamente de la actividad que este realice, precisamente porque no es la actividad lo que se grava, sino el resultado en sí mismo.

Esto deja ver por qué las bases imponibles de los tributos de resultado, como el impuesto sobre la renta, siempre serán «más amplias» —en lo que a su elemento de «ingresos» se refiere— que las bases imponibles de los tributos de actividad, como por ejemplo la establecida en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal²⁰ para el impuesto municipal a las actividades económicas, así como la que estamos analizando: la «contribución parafiscal» establecida en la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física.

Mal puede integrar la «base imponible» de la contribución parafiscal de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, en lo «cuantitativo», lo que simplemente no forma parte de la definición de su «hecho imponible» en lo «cualitativo». Esto sería, en los términos desarrollados, un evidente sesgo conceptual, con graves consecuencias en la realidad, por demás en abierta violación de los indicados principios de reserva legal tributaria, tipicidad tributaria y, por vía de consecuencia, del principio de capacidad contributiva del contribuyente.

²⁰ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6015 extraordinario, del 28-12-10.

Es por lo anterior, que las pretendidas «determinaciones mixtas» que en la actualidad está realizando el Fondo Nacional se encuentran al margen del Derecho, precisamente porque la base imponible de los contribuyentes de este tributo se encuentra disciplinada por la utilidad neta contable reportada en materia de ingresos y gastos «territoriales», precisamente por ser ese –y no otro– el «aspecto espacial» del hecho imponible de esta contribución parafiscal: las actividades económicas realizadas «en el país». No es posible que los ingresos y gastos contables «extraterritoriales» de los contribuyentes integren la «base imponible» de este tributo, precisamente porque las actividades económicas realizadas «fuera del país» que los producen «no forman parte del aspecto espacial de su hecho imponible» y, con ello, se presentan como evidentes «supuestos de no sujeción».

Pues bien, lo cierto es que el Fondo Nacional, al pretender realizar la –ilegal e inconstitucional– «determinación mixta», con base en las declaraciones definitivas de impuesto sobre la renta de los contribuyentes correspondientes a los ejercicios fiscales 2019 y 2020, artificiosa, indebida, ilegal e inconstitucionalmente «incrementa» la base imponible de la contribución parafiscal, al agregar a la utilidad neta «territorial», el monto correspondiente a la utilidad neta «extraterritorial», que carece de incidencia fiscal por ser el producto de un «hecho no gravado», de un «supuesto de no sujeción», como lo es la realización de actividades económicas «fuera del país», lo que tiene como consecuencia cuantitativa la inclusión de ganancias contables extraterritoriales, obviándose el «aspecto espacial» de la hipótesis de incidencia del hecho imponible de este tributo, así como la inescindible relación entre el hecho imponible y la base imponible del mismo.

Aunado a todo lo expuesto, la contrariedad jurídica de la actual «práctica determinativa» del Fondo Nacional se presenta aun más evidente, al tenerse en cuenta que la utilidad neta extraterritorial de los contribuyentes puede obedecer al «reconocimiento contable» de diferencias cambiarias, las cuales se encuentran totalmente «fuera» de la hipótesis de incidencia del hecho imponible de la contribución del deporte, debido a que en los términos explicados el aspecto material del hecho imponible de este tributo se identifica con la

realización de: i. «actividades económicas»; ii. «en el país», y iii. «con fines de lucro»; de lo que resulta fácil entender que las diferencias cambiarias no forman parte del mismo, «en la medida que no se generan como consecuencia de la realización de actividad económica alguna del contribuyente», que es el hecho imponible de esta contribución parafiscal o, lo que es igual, no encuentran su «causa» en el desarrollo de la actividad gravada, sino que más bien las mismas tienen lugar por razón de las devaluaciones o apreciaciones de la «moneda funcional» frente a la «moneda extranjera».

En similares términos lo ha expuesto la mejor doctrina patria, en relación con el impuesto municipal a las actividades económicas, lo cual es perfectamente trasladable a la contribución parafiscal del deporte por ambos tratarse, como ya fue precisado, de «tributos de actividad». Así lo explica, con rigor, ROMERO-MUCI:

... los ingresos por diferencial cambiario e intereses por tenencia no son considerados gravables con el impuesto municipal por no tener causa en el giro del negocio del contribuyente, según jurisprudencia pacífica de los tribunales tributarios²¹ y regulación expresa ex artículo 214 (3)²² de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal²³.

²¹ Vid. Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario, sent. del 30-03-98, caso Forwest de Venezuela, C.A. Motorvenca v. Dirección de Hacienda del municipio Lagunillas del estado Zulia.

²² Artículo 214.3 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal: «No forman parte de la base imponible (...) 3. Los ajustes meramente contables en el valor de los activos, que sean resultado de la aplicación de las normas de ajuste por inflación prevista en la Ley de Impuesto sobre la Renta o por aplicación de principios contables generalmente aceptados, siempre que no se hayan realizado o materializado como ganancia en el correspondiente ejercicio».

²³ ROMERO-MUCI, Humberto: «La disfunción del bolívar y la dolarización de facto de la economía. Aspectos legales y fiscales». En: *Libro homenaje al Doctor Luis Cova Arria. Conmemorativo del 25 aniversario de la especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. T. III. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. R. BADELL MADRID *et al.* coords. Caracas, 2020, pp. 1670 y 1671.

Se observa, entonces, que tales diferencias cambiarias «no tienen causa» alguna en la «actividad económica» de los contribuyentes, por lo que no forman parte (no pueden hacerlo) del aspecto material del hecho imponible de la contribución parafiscal establecida en la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física y, por vía de consecuencia, tampoco integran (no pueden hacerlo) la base imponible de este tributo, en la medida que, como ha sido expuesto, lo que no se identifica en lo cualitativo con el hecho imponible de los tributos, no puede formar parte de la base imponible de los mismos.

En una palabra: mal puede integrar la base imponible de la contribución parafiscal del deporte en lo «cuantitativo» (*verbi gratia* ingresos extraterritoriales y diferencias cambiarias), lo que simplemente no forma parte de su hecho imponible en lo «cualitativo»: i. «actividades económicas» (que excluyen el «resultado» de las diferencias cambiarias); ii «en el país» (que excluye los ingresos generados «fuera del país»: ingresos «extraterritoriales»), y iii. «con fines de lucro».

En suma, la «desconfiguración» del hecho y la base imponibles de la contribución parafiscal del deporte, mediante la pretendida «determinación mixta» del Fondo Nacional, se presenta categórica, lo que a su vez supone un palpable desconocimiento de los principios de reserva legal de los tributos²⁴ y capacidad contributiva, en franca afectación de los derechos constitucionales del contribuyente, con consecuentes afectaciones a los principios de «razonabilidad del tributo»²⁵ y potenciales –y delicadas– desatenciones al estándar de no «confiscatoriedad»²⁶.

²⁴ «Por consiguiente, en el Estado constitucional, según los principios que hemos examinado anteriormente, también este elemento está sujeto al principio de legalidad, siendo inconstitucional la delegación en el Poder Ejecutivo o, peor aún, en los organismos administrativos para definir la base de medición del impuesto», JARACH: ob. cit. (*Curso superior...*), p. 230.

²⁵ Carta de derechos del contribuyente para los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario: Derecho N.º 16: «Derecho a que la tributación tenga en cuenta la protección del derecho de propiedad de manera proporcionada, atendiendo a las exigencias de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. El interés general que limite el derecho de propiedad deberá estar siempre contemplado y fundamentado por ley en cada caso concreto».

²⁶ Carta de derechos del contribuyente para los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario: Derecho N.º 17: «Derecho a que, más allá del

Conclusión

Teniendo en cuenta lo planteado sobre la actual «práctica determinativa» del Fondo Nacional, es posible concluir que la misma se traduce en unas manifestas: i. «desnaturalización» de la determinación tributaria de la contribución parafiscal del deporte, mediante su «fáctica» –que no jurídica– implementación de una pretendida «determinación mixta» de la obligación tributaria de los contribuyentes, en abierta desatención del «orden de prelación» de las modalidades de determinativas por el sujeto, en violación del principio constitucional de capacidad contributiva, así como en incumplimiento del debido procedimiento administrativo del contribuyente por «ausencia total y absoluta» del procedimiento legalmente establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, y en los artículos 49, 50, 51, 52, 56, 57 y 58 del Reglamento Parcial N.º 1, y ii. «desconfiguración» del hecho y la base imponibles de la contribución parafiscal del deporte, cuestión que a su vez supone un total desconocimiento de los principios de reserva de ley tributaria y capacidad contributiva, así como del estándar de razonabilidad del tributo y posible afectación del principio de no confiscatoriedad, todos integrantes de los derechos fundamentales del contribuyente.

* * *

Resumen: En este artículo se analiza críticamente la actual «práctica determinativa» del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, consistente en i. «desnaturalizar» la determinación tributaria de la contribución parafiscal del deporte, mediante su implementación («de hecho», no de Derecho) de una pretendida «determinación mixta» de la obligación tributaria del contribuyente, a fines

alcance y protección que el derecho constitucional de cada país reconozca y otorgue al derecho de propiedad privada, existe un límite cuantitativo –sin que corresponda aquí fijarlo porcentualmente– a partir del cual el tributo afecta el núcleo esencial de dicho derecho que debe conservarse incólume, deviniendo confiscatorio».

de evidenciar como la misma abiertamente desatiende lo establecido en el Código Orgánico Tributario y en la Constitución, así como en ii. «desconfigurar» el hecho y la base imponibles de la contribución parafiscal del deporte, mediante la pretendida «determinación mixta» del Fondo Nacional, cuestión que supone un desconocimiento de los principios constitucionales de reserva de ley tributaria y capacidad contributiva. **Palabras clave:** determinación tributaria, autodeterminación tributaria, determinación mixta, hecho imponible, base imponible, capacidad contributiva. Recibido: 24-12-24. Aprobado: 05-03-25.

*On the essential elements of sport's contribution
(Regarding the current «determining practice» of the National
Fund for the Development of Sport, Physical Activity,
and Physical Education)*

Abstract: *In this article, the current tax assessment practice carried out by the National Fund is analyzed from a critical perspective, taking into account (i) the denaturalization of the sports contribution tax assessment procedure, through the implementation of a (factual, not a legal) «mixed assessment» of the taxpayer's tax obligation, in order to show how it openly disregards the Organic Tax Code and the Constitution, as well as (ii) the misconfiguration of the taxable event and the tax base of the sports contribution, through the «mixed assessment» executed by National Fund, an issue that neglects the constitutional principles of legality of taxation and economic capacity.*
Keywords: *tax assessment, self-assessment, mixed assessment, taxable event, tax base, economic capacity.*

Breves comentarios sobre la «nueva» Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad

Edison Lucio VARELA CÁ CERES*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 23, 2025, pp. 267-289.

SUMARIO

Introducción 1. Algunos aspectos formales 2. Puntuales avances en la Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad 2.1. Ajustes razonables 2.2. Autonomía 2.3. Los internamientos forzosos y el derecho a la libertad personal 3. El artículo 12 de la Convención y la Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad. Conclusiones

Introducción

Después de un largo proceso legislativo marcado por el secretismo y la exclusión, se publicó por fin el nuevo texto legal¹ que aspira a conformar el marco jurídico que regulará los derechos y deberes de las personas con discapacidad.

* **Universidad de Los Andes** (Mérida-Venezuela), Abogado *Cum Laude*. **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia; Profesor Asistente de Derecho Civil i Personas. **Universitat de Barcelona** (Barcelona-España), Máster en Derecho de Familia e Infancia. **Universidad Metropolitana** (Caracas-Venezuela), Profesor de Derecho Civil. **Universidad Católica Andrés Bello** (Caracas-Venezuela), Doctor en Derecho.

¹ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6817 extraordinario, del 27-06-24.

En las páginas siguientes vamos a comentar los aspectos más resaltantes del referido instrumento jurídico, enfocándonos en sus aportes, así como en sus desaciertos, pues, en definitiva, lo que aspiramos es ofrecer un diagnóstico somero sobre la impronta del nuevo texto en el ordenamiento jurídico venezolano.

1. Algunos aspectos formales

Por todos es sabido que la actividad legislativa está muy alejada de ser perfecta y que, en definitiva, las leyes las aprueban una mayoría parlamentaria, que puede que desconozcas los aspectos teóricos y prácticos de sus decisiones. Sin embargo, siempre –o al menos en las mayorías de los casos– las comisiones parlamentarias se auxilian de órganos técnicos, internos o externos, que coadyuvan a mejorar la técnica legislativa².

Lamentablemente, la actual Asamblea Nacional vive en un ostracismo en el cual es difícil que las academias, universidades, colegios profesionales y otros entes científicos o profesionales puedan intervenir con la finalidad de aportar ideas al debate que mejoren los proyectos en discusión.

Bajo tal forma de proceder es evidente el resultado, la producción de textos legales, enrevesados, contradictorios, cargados de meros deseos y sin la posibilidad real de ser aplicados por el foro³. En síntesis, completamente ineficaces. Obviamente, los políticos sacan un provecho de lo anterior, lo cual no es otro que figurar para la galería –hoy en día denominada: «redes sociales»– obteniendo un rédito político, y en el mejor de los casos responder

² Los ejemplos más significativos son las históricas comisiones codificadoras integradas por doctos juristas, *vid.* VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La nueva codificación: aspectos formales». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 18. Caracas, 2022, pp. 133-148.

³ *Vid.* un análisis de la actividad legislativa de la actual Asamblea Nacional puede leerse en VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Un año de actividad legislativa en materia Civil (2021-2022)». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 19. Caracas, 2022, pp. 223-269.

a las observaciones de los entes internacionales sobre derechos humanos para que parezca que se está haciendo algo, al menos, en lo formal⁴.

La Ley que motiva estos comentarios puede ser un claro ejemplo de lo antes mencionado, vergonzoso si se está al tanto de que este es un sector muy vulnerable de la sociedad, que ha sido históricamente ignorado y que, si bien gracias a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad comenzó un proceso de visualización en el campo internacional, la aspiración natural es que sea secundado por los Derechos internos de los Estados suscriptores para conformar un verdadero sistema de protección de los derechos humanos de este grupo de individuos⁵. Hay que recordar que los Estados suscriptores de la Convención están obligados:

... a. Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b. Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad... (artículo 4).

Por lo indicado resulta doloroso que una oportunidad para aglutinar a la sociedad entera en la construcción de un modelo de protección de los derechos

⁴ Tal podría ser el caso de la Ley de Intérpretes Públicos (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6703 extraordinario, de 25-05-22), que responde a la recomendación que efectuó el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad días antes –20-05-22–, en sus «Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Bolivariana de Venezuela» (2022), www.ohchr.org, exhortando a que «Reforme la Ley de Intérpretes Públicos para que incluya a los intérpretes de lengua de señas venezolana de manera que puedan participar legalmente en los procesos de justicia» (párrafo 25.e). Actividad que desde la ONG Acceso a la Justicia se ha denominado «diplomacia de gacetas», es decir, «una política de Estado por la que se presentan leyes favorables a los derechos humanos para que los organismos internacionales alaben la labor gubernamental, pero luego no las aplican», <https://accesoalajusticia.org>.

⁵ Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *La capacidad de ejercicio en las personas con discapacidad en el Derecho venezolano*. Editorial RVLJ. Caracas, 2024, *in totum*.

humanos de las personas con discapacidad que coloque énfasis en su aspecto más pragmático como lo es el reconocimiento de su capacidad de ejercicio, el establecimiento de las consecuentes medidas de apoyo para su operatividad y la configuración de las salvaguardas necesarias para el control de aquellas se haya desaprovechado⁶.

El texto de la Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad está conformado por 112 artículos, a los que se suma una disposición transitoria, dos derogatorias y una final.

Su estructura nos recuerda la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, pues está integrada igualmente por unas disposiciones generales que reúnen las definiciones y los principios sectoriales; de seguida se incluye un catálogo de derechos humanos adecuados al colectivo objeto de regulación; a continuación, se incorpora una sección de «políticas públicas»⁷; siguen el sistema de protección y el régimen sancionatorio⁸.

El principal cambio con respecto a la derogada Ley para las Personas con Discapacidad es la jerarquía en la denominación, pues se pasa de ser una «Ley ordinaria» a aglutinarse sus disposiciones en una «Ley Orgánica», ya

⁶ Téngase en cuenta que el proyecto de «Ley Orgánica para la Protección de Personas con Discapacidad» fue aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional el 13-04-21 –*vid.* www.asambleanacional.gob.ve–, por tanto, fueron más de cuatro años de proceso legislativo.

⁷ La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes posee mejor organización, pues las políticas públicas y las sanciones forman parte del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, lo cual le da más coherencia al modelo (artículo 118). Esto nos permite recordar que en la elaboración de este instrumento participó activamente la UCAB y se contó con asesoría por parte de UNICEF. *Vid.* CAPRILES, Ruth *et al.*: «Análisis del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección a la Niñez y Adolescencia». En: *De los menores a los niños, una larga trayectoria*. UCV. Caracas, 1999; SERRANO, Carla: «La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Breve historia de un proceso». En: *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. 2.^a, UCAB. M. G. MORAIS, coord. Caracas, 2000.

⁸ La derogada Ley para las Personas con Discapacidad (2006) también posee una organización similar, salvo la sección de las políticas públicas.

que los calificativos «inclusión, igualdad y desarrollo integral» se encontraban presentes en los artículos del texto derogado.

Así, en las disposiciones de la derogada Ley para las Personas con Discapacidad se aludía a la «inclusión e integración social» (artículo 2), a las circunstancias que «dificultan o impidan su participación, inclusión e integración a la vida familiar y social» (artículo 6), «la integración y la inclusión de las personas con discapacidad» (artículo 8), «la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida», «apoyándose en la participación de la familia y la comunidad e inclusión de la persona con discapacidad en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad» (artículo 12), dotación de los «recursos (...) necesarios para la inclusión, integración social» (artículo 14) y a las «acciones para la inclusión e integración de las personas con discapacidad» en temas específicos como lo sería en el deporte (artículo 25).

También se alude en la Ley derogada a que se «garantice el desarrollo integral de las personas con discapacidad de manera plena y autónoma» (artículo 1), la «atención integral a las personas con discapacidad» (artículo 1), «atención integral a la salud» (artículo 10), «asistencia y apoyo (...) como parte de la atención integral» (artículo 14), «empleo con apoyo integral» (artículo 29), siendo que el modelo de protección se denominaba: «Sistema Nacional de Atención Integral a las Personas con Discapacidad» (artículo 52).

En relación con la igualdad como derecho fundamental y principio general del Derecho⁹, además de corresponder a un derecho con rango constitucional (artículo 21), se mencionaba expresamente en la Ley al momento de plasmar su «definición de personas con discapacidad». A saber:

Artículo 6.- Son 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

⁹ Vid. sobre el principio de igualdad, VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *El Registro del Estado Civil*. Vol. I (Organización y principios sectoriales). Editorial RVLJ. Caracas, 2018, pp. 56 y 57.

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.

Entonces, no resulta una innovación el empleo de los aludidos vocablos que se incorporan en el título de la Ley Orgánica vigente y ello es, en parte, en razón de que la Constitución de 1999 establece que «Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria...» (artículo 81) y, por otra parte, cuando se sanciona la Ley para las Personas con Discapacidad ya se encontraba en boga el «modelo social» de tratamiento de las personas con discapacidad que se ve cristalizado en el ámbito internacional con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁰ y que tiene como presupuestos un enfoque de derechos humanos, el reconocer a la discapacidad como una construcción social que demanda la superación de prejuicios y estereotipos que limitan el goce de las facultades de que son titulares las personas con discapacidad, así como incorpora una visión activa sobre el ejercicio de los derechos¹¹. En palabras de PALACIOS y BARIFFI el «modelo social»:

Parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad¹².

Por lo anterior, si bien la Ley para las Personas con Discapacidad no incorpora el «modelo social» al ordenamiento jurídico nacional, sí emplea en

¹⁰ Texto internacional aprobado por la ONU en diciembre del 2006, publicándose su Ley aprobatoria en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 236, del 06-08-09.

¹¹ Cfr. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*La capacidad de ejercicio...*), pp. 106 y ss.

¹² PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca. Madrid, 2007, p. 19.

algunas de sus disposiciones la terminología más avanzada para la fecha. Dicho esto, queda en evidencia que el título de la Ley vigente no representa por sí solo un paso firme hacia la consolidación del «modelo social» que surge de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ahora bien, donde sí se aprecia un tema de relevancia es en la calificación de dicho texto legal como «orgánico», y ello también es relativo, pues en nuestro sistema constitucional una «ley orgánica» es una ley protegida a los fines de que no se encuentre tan expuesta al vaivén del dominio de las fuerzas políticas que conforman un parlamento. No obstante, ello no ha tenido un impacto positivo en las últimas dos décadas en las cuales, cuando la oposición ha dominado la mayoría parlamentaria en la Asamblea Nacional, la misma ha sido boicoteada a través de la usurpación de sus funciones legislativas, ya sea por medio de los denominados «decretos-leyes», constituyentes espurias o un bloqueo judicial. Tales discutibles «estrategias políticas» son consideradas por la doctrina científica como inconstitucionales, y con bastante razón¹³.

Según los tipos de leyes orgánicas que se desprenden del artículo 203 de la Constitución, un instrumento legislativo como el analizado podría considerarse como una ley que desarrolla derechos fundamentales, en concreto el artículo 81 de la Constitución, y con ello sería suficiente para calificarla con

¹³ Vid. Academia de Ciencias Políticas y Sociales: «Pronunciamiento en razón de los recientes Decretos-Ley dictados por el presidente de la República, 2 de diciembre 2014». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 153. Caracas, 2014, pp. 19-22; BREWER-CARÍAS, Allan R.: «El derecho ciudadano a la participación popular y la inconstitucionalidad generalizada de los decretos leyes 2010-2012, por su carácter inconsulto». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 130. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 85-88; BREWER-CARÍAS, Allan R.: *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2017, *passim*; GARCÍA SOTO, Carlos: «El bloqueo de la función legislativa y de la función contralora de la Asamblea Nacional por el Tribunal Supremo de Justicia: una introducción». En: *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortiz*. T. I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales-FUNEDA-Instituto de Derecho Público, UCV. Caracas, 2022, pp. 267 y ss.

el carácter de orgánica¹⁴; podría incluso entenderse que, al «crearse» todo un sistema de protección al cual se integran otras regulaciones complementarias, el instrumento legislativo sería orgánico por servir de marco normativo a otras leyes.

Así, junto a la Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad, estarían las ya sancionadas: i. Ley para la Atención Integral a las Personas con Trastorno del Espectro Autista¹⁵ y ii. Ley Especial para las Trabajadoras y Trabajadores con Discapacidad¹⁶. A los cuales se incorporaría—eventualmente— el Proyecto de Ley de Atención Integral a las Personas Sordas y con Discapacidad Auditiva (2023)¹⁷ y un anhelado texto legal que regule con propiedad la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad a los fines de la adecuación del Derecho interno al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁸.

Entonces, vemos que el principal aporte en lo formal que se deduce del nuevo instrumento legal es el añadir el calificativo de «orgánica» con lo cual se dota a sus normas de mayor estabilidad y se brindan sus disposiciones de una jerarquía superior en relación con las demás normas jurídicas *infra* constitucionales que conformar el ordenamiento patrio, como lo serían las leyes ordinarias¹⁹.

¹⁴ Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Milagros: «Una aproximación a las leyes orgánicas en Venezuela». En: *Temas sobre la Constitución de 1999. Libro homenaje a Enrique Tejera París*. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, 2001, p. 125, ha apuntado que la jurisprudencia nacional sostiene que en el supuesto de desarrollo de los derechos constitucionales se está ante un «criterio material», lo que lleva implícito un análisis de contenido.

¹⁵ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6744 extraordinario, de 24-04-23.

¹⁶ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6735 extraordinario, de 27-01-23.

¹⁷ Vid. www.asambleanacional.gob.ve.

¹⁸ Véase nuestra propuesta en: VARELA CÁCERES: ob. cit. (*La capacidad de ejercicio...*), pp. 392 y ss. Por otra parte, la propia Ley Orgánica alude a diversas leyes especiales en varias de sus disposiciones: artículos 57, 58, 60, 61, 62 y 63.

¹⁹ Vid. AGUILAR GORRONDONA, José Luis: «Las leyes orgánicas en la Constitución de 1961». En: *Estudios sobre la Constitución: Libro homenaje a Rafael Caldera*. T. III. UCV. Caracas, 1979, pp. 1958 y 1959, donde comenta que el artículo 163 de la

2. Puntuales avances en la Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad

Aunque lo dicho hasta ahora sobre la nueva Ley nos dibuja un escenario desalentador, la verdad del asunto es que al adentrarse en el fondo del asunto encontramos algunos aspectos positivos que, aunque no son suficientes ni los esperados en contraste con la evolución de la doctrina en esta materia, sí los hace dignos de ser subrayados, a saber:

2.1. Ajustes razonables

Uno de los principios sectoriales que se ha posicionado en el nuevo modelo de tratamiento de las personas con discapacidad es aquel que demanda superar la tradicional exclusión a que se encuentra expuesto este sector por un sistema en el cual se les permita participar en todos los escenarios en los cuales ellos deseen interactuar²⁰, pero para que ello sea posible se requiere que los entornos y modos de proceder se adecuen a sus necesidades, ello en la medida de lo posible.

De lo anterior surge con carta de naturaleza el principio de ajustes razonables que impulsa que en aquellos supuestos donde el diseño universal no sea suficiente y se demanden adecuaciones particulares, para garantizar el disfrute de los derechos, se efectúen siempre que las mismas no representen una carga irracional.

Constitución de 1961, en relación con las leyes nacionales orgánicas, «... les atribuyó la característica común de poseer una jerarquía o rango superior al de las demás leyes nacionales. En efecto, si bien las leyes orgánicas deben someterse a la Constitución como todas las leyes, en cambio, de acuerdo con la citada norma constitucional, tienen preeminencia sobre las demás leyes nacionales que se dicten en las materias que aquellas regulan. Así, pues, cabría decir que las leyes orgánicas “son leyes semiconstitucionales o cuasi constitucionales”».

²⁰ La Ley Orgánica alude en varias disposiciones a «la promoción de cambios culturales en relación con la discapacidad» o «propiciar el cambio actitudinal y cultural de la población» (artículos 67 y 85.2, respectivamente).

Este principio bien aplicado permite en la práctica lograr que las personas con discapacidad puedan acceder al ejercicio directo de sus derechos, pues levanta aquellas barreras físicas o formales que obstaculizan el disfrute personal de las facultades que se detentan.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 2) lo incorpora en su ordenación medular y lo define con estos términos:

... Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...

Por tanto, la superación del «modelo médico», que discrimina y aísla a las personas con discapacidad por uno que les garantice la igualdad en el trato, aunque con adecuaciones necesarias, comienza no en lo teórico, sino en lo práctico cuando se crean entornos amigables que permiten un disfrute efectivo y directo. Entonces, según BARIFFI, «la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño universal, una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables, una estrategia a nivel particular cuando no ha sido posible prever desde el diseño universal»²¹.

La Ley Orgánica que aquí se comenta se hace eco del anterior mandamiento de la Convención y por ello recalca que tanto las políticas públicas, como la accesibilidad (artículo 37), deben regirse por medidas «ajustadas a las características particulares de cada grupo», «que permitan la real y efectiva igualdad e inclusión», pues, en definitiva, la «denegación de ajustes razonables» es una «forma de discriminación por motivos de discapacidad» (véase artículo 5).

²¹ BARIFFI, Francisco: *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Ediciones Cinca. Madrid, 2014, p. 148.

Lo dicho se resalta de forma específica en materia de acceso a la justicia (artículo 18)²², educación (artículos 28.2 y 30.6)²³, cultura, deporte, recreación y turismo (artículo 31.4), pero en realidad es un principio que debe permear en toda materia en la cual estén involucradas las personas con discapacidad²⁴.

No se crea que las anteriores regulaciones son suficientes, ello en razón de que –como se ha indicado– al ser el Estado venezolano suscriptor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya era una obligación el aplicar los referidos ajustes. Entonces, lo que ahora se demanda es hacer efectivo el mandato internacional –ya incorporado expresamente en el Derecho interno– a través de medidas concretas, siendo aquí donde falla el texto al no regular conductas precisas que cristalicen este postulado en el sentido de convertirlo en una realidad, que comprometa a los operadores por medio de acciones específicas dentro del ámbito de sus competencias.

²² Véase, *exempli gratia*, el caso español en el cual, en materia procesal, la «Ley 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» –BOE N.º 132, de 03-06-21, www.boe.es– modifica tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 7 *bis*, 758) como la Ley de Jurisdicción Voluntaria (artículo 7 *bis*), a los fines de permitir «las adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad», pudiéndose valerse la persona con discapacidad «de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste» (Preámbulo). Igualmente, en materia notarial se alude a apoyos voluntarios, instrumentos y ajuste razonables, según el nuevo párrafo final del artículo 25 de la Ley del Notariado.

²³ Cfr. Ley para la Atención Integral a las Personas con Trastorno del Espectro Autista (artículo 11.1) y Ley de Participación Estudiantil en el Subsistema de Educación Básica (artículo 8) –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6737 extraordinario, de 23-02-23–.

²⁴ *Vid.* Ley Especial para las Trabajadoras y Trabajadores con Discapacidad, donde se establece, como garantía al trabajo de las personas con discapacidad, que: «... 3. Las entidades de trabajo, públicas, privadas o mixtas, deberán establecer los ajustes razonables y los diseños universales, así como las tecnologías de la información y comunicación de acuerdo a criterios de diseño universal y accesibilidad comunicacional para personas con diferentes tipos de discapacidad» (artículo 10).

2.2. Autonomía

Hay que reconocer que la discapacidad como circunstancia no debe necesariamente limitar la autonomía del individuo que la posee. Esto se subraya en razón de que, históricamente, uno de los rasgos característicos del modelo anterior ha sido aislar a la persona por considerarla que no es apta para interactuar en el mundo de forma directa hasta tanto sea «rehabilitada».

Hoy en día es claro que tales medidas, que limitan la capacidad de ejercicio lejos de proteger y beneficiar, generan un confinamiento que en la práctica obstaculizan el ejercicio de los derechos, dilatando su participación en el mundo de relaciones. De allí que se postula el respeto a su autonomía como principio cardinal. Destaca PALACIOS al comentar el «modelo social»:

Parte de la premisa de que la discapacidad es en parte una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades²⁵.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad lo reconoce como un principio:

Artículo 3.- Principios generales. Los principios de la presente Convención serán: a. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas...

Principio que está íntimamente relacionado con la dignidad y que postula que toda persona con independencia de su condición tiene derecho a la autodeterminación de su vida, lo que en este caso implica el respeto de su

²⁵ PALACIOS, Agustina: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI. Madrid, 2008, p. 27.

voluntad, deseos y preferencias. En el caso de las personas con discapacidad intelectual, este principio obliga a suprimir los regímenes de sustitución de voluntades –llámense: tutela, curatela, representación legal, etcétera–, por mecanismos respetuosos de su «plan de vida», como lo serían las denominadas «medidas de apoyo».

La Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad reproduce este principio en varias disposiciones (artículos 2.1, 3.2, 9, 15, 22.3, 23, 26.4, 35.3, 62, 67, 68.2 y 86), lo cual contrasta con la Ley derogada. La nueva Ley le dedica una sección en el catálogo de derechos, que denomina «autonomía e inclusión», donde además alude a la accesibilidad (artículos 36 y 37), siendo que previamente lo desarrolla en las disposiciones generales:

Artículo 4.- Todas las personas con discapacidad tienen derecho a la autonomía, independencia, dignidad humana, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la autodeterminación a través de su inclusión real y efectiva (...) En consecuencia, deberán: 1. Respetar su autonomía en la toma de decisiones y actos jurídicos de forma libre y consciente...

Entonces, el meollo del asunto estará en la forma como los operadores jurídicos empleen este principio sectorial a los fines de la correcta hermenéutica e integración de las disposiciones del ordenamiento jurídico para que sea coherente con el principio, lo cual es esencial para el correcto funcionamiento del nuevo modelo de protección de los derechos de las personas con discapacidad.

2.3. Los internamientos forzosos y el derecho a la libertad personal

Uno de los aspectos que ha sido ignorado completamente por la doctrina nacional es el de examinar el tema de los internamientos forzosos, práctica muy común en algunos supuestos de discapacidad intelectual o mental. Ello en razón de que, en la realidad, dicha medida es una clara «privación de libertad» y, en consecuencia, debería ser acordada o controlada por un juez, pues eso es lo que se deduce de una lectura del artículo 44 de la Constitución

que proscribe cualquier restricción de la libertad individual donde no medie una orden judicial que examine la constitucionalidad de la limitación de esta facultad fundamental.

Las normas decimonónicas del Código Civil no regulan este tema con propiedad y se mantienen ancladas al vetusto «modelo de prescindencia»²⁶, siendo que al regular la «interdicción» como régimen tutelar –de adultos y menores de edad–, establece únicamente:

Artículo 401.- (...) El juez, con conocimiento de causa, decidirá si el incapaz debe ser cuidado en su casa o en otro lugar; pero no intervendrá cuando el tutor sea el padre o la madre del incapaz.

Artículo 397.- (...) las disposiciones relativas a la tutela de los menores son comunes a la de los entredichos, en cuanto sean adaptables a la naturaleza de esta.

Artículo 348.- Cuando el tutor no sea abuelo o abuela, el tribunal, consultando previamente al consejo de tutela y oyendo al menor, si tuviere más de diez años, determinará el lugar en que deba ser criado este...

Como se aprecia no existe una verdadera salvaguarda en el sentido de que un juez controle la medida cuando sea forzosa pudiendo los «representantes» decidir estos aspectos a espaldas de la persona con discapacidad, lo que contradice el respecto de su autonomía, pues en muchos supuestos se estará ante un desconocimiento de su voluntad, deseos y preferencias.

Ahora bien, la Ley Orgánica que comentamos reconoce esta garantía, y aunque no la desarrolla adecuadamente en el sentido de establecer salvaguardas específicas con controles temporales y procesales, sí establece lo que sigue:

²⁶ Por su parte, el «Reglamento para establecimientos psiquiátricos de larga estancia», *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 35 312, de 06-10-93, enmarcado en el «modelo médico» no cambia el panorama. *Vid.* VARELA CÁCERES: ob. cit. (*La capacidad de ejercicio...*), pp. 99 y ss.

Artículo 18.- (...) Se velará porque las personas con discapacidad no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad. Cuando se vean privadas de su libertad en razón de un proceso judicial, se debe asegurar que sea en igualdad de condiciones con las demás personas, con respeto a sus derechos y garantías de conformidad con la ley.

Entonces, el aporte substancial que hace la Ley, pues recuérdese que hay un absoluto silencio en esta materia en el foro –lo que contrasta con el Derecho comparado²⁷–, se ubica en subrayar la relación entre discapacidad, privación de libertad y medida judicial. Donde yerra el legislador es en considerar estas privaciones como meramente «ilegales», ya que son realmente «inconstitucionales» y, lo más grave, en no regular en detalle controles judiciales que en la práctica eviten los internamientos forzosos que, por su naturaleza, chocan con el respeto de la autonomía que se les garantiza a las personas con discapacidad, téngase en mente que a este sector vulnerable expresamente el artículo 4 les reconoce:

... su libertad de elegir el lugar de su residencia, dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás personas y no verse obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico...

En síntesis, el aporte del nuevo texto se observa en reconocer una relación entre la libertad personal y la limitación a que pueden estar expuestas las personas con discapacidad por el simple hecho de poseer una condición, empero se demanda una regulación más detallada que coloque énfasis en el ámbito civil –más que en el penal donde históricamente se han establecido medidas adecuadas en lo teórico–, y con ello se establezcan medidas y salvaguardas

²⁷ Vid. AZNAR LÓPEZ, Manuel: *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*. Editorial Comare. Granada, 2000, *passim*, comenta las reformas del Código Civil español –Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela– y la introducida con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (artículo 763).

que contribuyan a evitar limitaciones a la libertad claramente arbitrarias que se escudan en supuestos internamientos con fines médicos o de profilaxis.

3. El artículo 12 de la Convención y la Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad

Especial atención merece el tema de la «capacidad de ejercicio» de las personas con discapacidad; ello debido a que, sin exagerar, es uno de los aspectos modulares sobre el cual se edifica el «modelo social» que se desprende de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y uno de los asuntos más espinosos en cuanto a lograr su recepción por los Derechos internos de los Estados suscriptores²⁸.

En concreto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece lo siguiente:

Artículo 12.- Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. 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.
3. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

²⁸ Por ejemplo, en el caso de España, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue ratificada en el 2007, efectuándose a partir de ese momento adecuaciones para incorporar en general el modelo social a su legislación, pero había diferido la recepción del artículo 12 en toda su extensión; esto último ha sido resuelto recientemente por medio de la Ley 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.

4. Los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

En apretada síntesis del artículo 12 de la Convención se desprenden cinco aspectos, a saber: i. el reconocimiento de la personalidad, ii. el reconocimiento de la capacidad de ejercicio, iii. las medidas de apoyo para cristalizar la referida capacidad, iv. las salvaguardas necesarias para evitar abusos en la ejecución de los apoyos y v. algunos supuestos donde la capacidad de ejercicio se recalca.

Sobre tal disposición ya hemos realizado abundantes comentarios y reflexiones en otra oportunidad²⁹, lo que deseamos aquí es contrastarla con lo que al respecto establece la Ley Orgánica. Así, lo primero que observamos es que, contrario a lo que hace la Convención que regula el asunto

²⁹ Vid. VARELA CÁCERES: ob. cit. (*La capacidad de ejercicio...*), in totum.

entre los derechos humanos de las personas con discapacidad en sus primeras disposiciones, la Ley nacional lo relega al final del catálogo de los Derechos en una norma incluida en la sección denominada: «De los derechos económicos», a saber:

Artículo 34.- Derechos económicos. El Estado reconocerá que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas, en tal sentido, se les garantizará el derecho a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velará por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Las instituciones bancarias y financieras no podrán negarse a celebrar contratos mercantiles con una persona debido a su condición de discapacidad, especialmente en solicitudes de préstamo que impliquen garantías hipotecarias, reserva de dominio y otras operaciones de crédito o a establecer, fijar, convenir o exigir condiciones y términos exorbitantes u otras contribuciones similares, para la prestación de servicios a personas con discapacidad.

Sobre la anterior norma jurídica se puede notar una clara recepción de los numerales 2 y 5 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, transcrito *supra*.

Ahora bien, la Ley Orgánica también regula el asunto en otra norma jurídica que se ubica en el capítulo III que lo rotula como: «Políticas públicas para personas con discapacidad», la cual establece lo siguiente:

Artículo 44.- Capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Se reconoce a las personas con discapacidad su plena capacidad jurídica como sujetos de derechos y obligaciones, en igualdad de condiciones con las demás personas, así como el derecho a tomar sus propias decisiones y que las mismas sean respetadas en todos los aspectos de su vida.

El Estado adoptará medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueda necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

De lo reproducido se deduce que la Ley Orgánica no hace alusión al «reconocimiento» de la personalidad, pero, en honor a la verdad, sobre ello no existe ninguna discusión, y una norma jurídica al respecto no haría falta por cuanto se sobreentiende que todo individuo de la especie humana tiene garantizada su personalidad asociada a su dignidad inherente.

En lo que respecta a la capacidad de ejercicio, la Ley Orgánica es sumamente cristalina –como agua de manantial– en establecer que las personas con discapacidad poseen «plena capacidad jurídica» en términos similares a las personas que no poseen ninguna discapacidad, lo que en la práctica implica suprimir aquellos institutos que restringen o sustituyen por medio de representantes legales la capacidad de ejercicio.

De la lectura de las disposiciones de la Ley Orgánica ya no existe duda alguna de que a las personas con discapacidad no se les puede someter a ningún trámite o procedimiento que persiga como finalidad una incapacidad de ejercicio, pues, en el caso de los adultos, los únicos supuestos que se mantenían vigentes en el Código Civil respondían a los casos de interdicción e inhabilitación –así como la prodigalidad– que tenían como presupuesto una discapacidad mental o psicológica. Entonces, hoy en día, según se desprende de la propia Ley Orgánica, no puede permitirse un trato desigual en materia de capacidad de ejercicio entre las personas con o sin discapacidad lo que origina que los institutos que se fundamentan en una discapacidad como presupuesto de hecho queden proscritos.

Ahora bien, la Ley Orgánica falla al no fijar las medidas necesarias para la implementación de esa plena capacidad, así como las salvaguardas necesarias para evitar abusos en la aplicación de los apoyos requeridos.

Siendo que las medidas de apoyo deben perseguir el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad atendiendo al «derecho

a tomar sus propias decisiones, y que las mismas sean respetadas en todos los aspectos de su vida», es decir, observando su voluntad, deseos y preferencias, entonces, las medidas de apoyo demandan un diseño que las adecue a dicho propósito, lo cual hoy en día no se cumple a través de los vetustos institutos regulados en el Código Civil que persiguen objetivos distintos.

Tampoco se derogan expresamente las disposiciones del Código Civil que son contrarias al reconocimiento de la «plena» capacidad de ejercicio, lo que se agrava si se pondera que existe una completa ignorancia sobre el paradigma que surge con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tanto en la doctrina nacional como por parte de los órganos judiciales encargados de aplicarla, lo cual obstaculiza la implementación de los postulados del modelo social por vía de interpretación.

Por otro lado, un lector desprevenido podría pensar que la Ley Orgánica regula los apoyos en algunas de sus disposiciones (artículos 4.12, 8, 16, 22.1, 23, 24, 27.5, 28.2, 29, 30.4, 42, 47, 48, 57-63, 79, 81, 84, 85.5, 86.4)³⁰; sin embargo, hay que diferenciar entre los apoyos, asistencias y cuidados con fines de facilitar adecuaciones y ajustes razonables en materia sanitaria o en los servicios públicos³¹ con las «medidas de apoyos» orientadas a facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica.

Así, por ejemplo, el artículo 48 de la Ley Orgánica cuando establece «... La atención preferencial debe ser brindada de manera integral, asegurando una atención pronta y adecuada a la condición de cada persona, incluyendo dicha atención a los familiares, cuidadoras o cuidadores, responsables de las personas con discapacidad intelectual que requieren altos

³⁰ La derogada Ley para las Personas con Discapacidad también contempla algunos de estos apoyos (artículos 9, 14, 29, 34 y 55.3).

³¹ Véase, por ejemplo, la Ley Orgánica para la Atención y Desarrollo Integral de las Personas Adultas Mayores –*Gaceta Oficial* N.º 6641 extraordinario, de 13-09-21– o Ley de Sistemas de Cuidados para la Vida –*Gaceta Oficial* N.º 6665 extraordinario, de 11-11-21–, que alude a estos servicios asistenciales. *Vid.* nuestros comentarios a esos textos legislativos en: *ob. cit.* («Un año de actividad legislativa...»), pp. 223-269.

niveles de apoyo...», no está pensando en medidas de apoyo a la capacidad de ejercicio, sino en aquellas de corte asistencial³².

Por el contrario, cuando la referida Ley regula el derecho de las personas con discapacidad a servicios de la salud y señala: «Artículo 27.- (...) 2. Que la persona que apoye a la persona con discapacidad reciba las debidas explicaciones y orientaciones sobre las opciones diagnósticas de la persona con discapacidad», sí está aludiendo a una «medida de apoyo» en el ejercicio de la capacidad.

Lamentablemente, no se observa en el texto de la Ley que el redactor esté suficientemente consciente de la diferencia antes anotada y por ello alude a figuras que deben quedar proscritas de nuestro ordenamiento de aplicarse adecuadamente el reconocimiento «pleno» de la capacidad de ejercicio, como, por ejemplo, cuando menciona a tutores o a representantes legales de adultos³³.

Conclusiones

La Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad –objeto de estos comentarios– es un instrumento esperado por este sector vulnerable. Lamentablemente, el proceso legislativo no permitió que se conociera el proyecto oportunamente y que, en consecuencia, se generara un debate alrededor de su contenido, lo cual seguramente

³² En el mismo sentido, el artículo 68.22, al referirse a las atribuciones del Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad, a saber: «Establecer acuerdos de cooperación de capacitación y entrenamiento a profesionales, proveedores de servicios, docentes, entrenadores, voluntarios y cuidadores en materia de derechos de las personas con discapacidad, a los fines de garantizar su protección, inclusión y autonomía».

³³ *Verbi gratia*, en el artículo 55 de la Ley Orgánica se refiere a «persona natural a cuyo cargo esté», eso no es otra cosa que un eufemismo para aludir a una representación legal, lo cual es contrario a la plena capacidad, pues lo que debe existir es un asistente o curador que auxilie a través de una medida de apoyo donde se respete la voluntad, deseos o preferencias en el ejercicio de los derechos.

hubiera permitido mejorarlo o, al menos, que el mismo estuviera respaldado por un consenso.

Si bien la Ley Orgánica hace algunos puntuales aportes en contraste con la Ley derogada, dirigiéndose a la recepción del modelo social que se deduce de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –principalmente en la terminología empleada–, no logra calar adecuadamente estableciendo conductas específicas que permitan cristalizar el nuevo paradigma.

Caso emblemático sería la declaración de la «plena» capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pues, si bien hace una afirmación enfática en el reconocimiento de dicha capacidad, en términos similares a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no plasma un desarrollo normativo apropiado que permita aplicar las medidas de apoyo, al ejercicio de la capacidad y no fija las salvaguardas oportunas, lo que síntesis obliga a que el intérprete por medio de los principios sectoriales del «modelo social» realice las adecuaciones necesarias para llevar a la práctica la referida «plena» capacidad de ejercicio.

* * *

Resumen: El autor examina las principales novedades que surgen de la Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad a los fines de identificar sus aportes, así como aquellos aspectos a que queda a deber, si se contrasta con las exigencias que se deducen del modelo social reconocido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Con dicho propósito se divide el trabajo en tres partes, a saber: i. en donde se alude a algunos aspectos formales; ii. se comentan los avances que se desprenden del texto legal, tales como la regulación de ajustes razonables, la autonomía y el tema de los internamientos forzosos y iii. se examina si la Ley Orgánica logró adecuar el artículo 12 de la Convención al Derecho interno.

Palabras clave: modelo social, ley orgánica, ajuste razonable, autonomía, internamiento forzoso, plena capacidad jurídica.
Recibido: 16-09-25. Aprobado: 17-10-25.

*Brief comments on the «new» Organic Law for the Inclusion,
Equality, and Comprehensive Development of Persons with
Disabilities*

Abstract: *The author examines the main new developments emerging from the Organic Law for the Inclusion, Equality, and Comprehensive Development of Persons with Disabilities in order to identify its contributions as well as those aspects that remain lacking, when compared to the demands derived from the social model recognized in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. To this end, the work is divided into three parts, namely: i. referring to some formal aspects; ii. discussing the advances emerging from the legal text, such as the regulation of reasonable accommodation, autonomy, and the issue of forced confinement; and iii. examining whether the Organic Law successfully brought Article 12 of the Convention into domestic law. **Keywords:** social model, organic law, reasonable accommodation, autonomy, forced confinement, full legal capacity.*

Criterios actuales de competencia en el contencioso contra las universidades

Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 23, 2025, pp. 291-321.

i. Presentación de Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE

Buenas tardes. Hoy 22 de julio de 2025, en una nueva sesión del aula virtual Brewer-Carías, tenemos la oportunidad de reflexionar sobre algunos temas del contencioso-administrativo nacional. Antes de ello, quiero, en primer lugar, agradecer a la doctora Belén Ramírez LANDAETA y a la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), por la oportunidad de estar en esta tarde, compartiendo nuevamente con la audiencia tanto presencial como la remota, que luego tendrá la oportunidad de escuchar en diferido esta jornada. Y adicionalmente a ello, a la Fundación Universitas en la persona de Julio Alejandro PÉREZ GRATEROL y de Lenni, que es la encargada de organizar toda la actividad técnica para que estemos aquí.

* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Abogado; Especialista en Derecho Administrativo; profesor Titular de Derecho Administrativo. **Universidad Carlos III de Madrid** (Madrid-España), Máster en Política Territorial y Urbanística. **Universidad de la Coruña** (La Coruña-España), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano. **Universidad Monteávila** (Caracas-Venezuela), profesor de Derecho Administrativo y director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

Transcripción revisada y corregida del evento virtual: «Los criterios de competencia en el contencioso-administrativo contra las universidades», moderado por Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE en el aula virtual Brewer-Carías, que tuvo lugar el 22 de julio de 25, con el apoyo de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y el Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO-UMA), con el soporte técnico de Universitas Fundación. *Vid.* <https://www.youtube.com/watch?v=ZGN33-sHXuY>.

Hoy tenemos el gusto de presentar al profesor Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ, quien va a conversar sobre el tema titulado «Los criterios de competencia en el contencioso-administrativo contra las universidades». Recordaba, cuando me hicieron referencia del título del tema de la ponencia, que hace 30 años, cuando la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo realizó sus primeras publicaciones, fueron justamente sobre el contencioso de las universidades, que era, además –y el de las comisiones tripartitas que existían en aquel entonces–, los temas con los que se inició ese largo recorrido de actualmente 32 años, que tiene la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo.

Este tema ha estado siempre vigente en el caso venezolano, porque generó una gran doctrina de toda la teoría de las nulidades (los vicios intrascendentes, los vicios de nulidad relativa, los vicios de nulidad absoluta), que fueron desarrollados allí con sujeción a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de todas las potestades: anulación, revocación, convalidación, rectificación, confirmación, modificación y reposición de la Administración Pública. Fue una jurisprudencia muy rica la que se generó en la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, que conocía en aquella época en primera y única instancia de estos casos del contencioso de las universidades. Por eso es interesante ver en estos tiempos en dónde estamos, tal como nos lo va a compartir el profesor Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ.

Él es, para los que no lo conocen, profesor Titular en la Universidad Central de Venezuela. Es profesor además de tiempo parcial en la Universidad Monteávila de Caracas. Además de eso tiene una amplia obra jurídica publicada tanto a nivel nacional como internacionalmente, que ya supera el centenar de publicaciones tanto en libros como en capítulos de libros, y de igual manera las recensiones que ha hecho, etcétera.

Y la tarde de hoy, va a plantearnos un tema que, aunque esté enfocado en el punto de las universidades, o al aspecto de las universidades concretamente, va a ser una suerte de radiografía, de cuál es la situación del contencioso-administrativo en la actualidad venezolana. En ese sentido, le doy la palabra al profesor TORREALBA SÁNCHEZ.

ii. Ponencia de Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ

Muchas gracias, profesor Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE. Antes que nada, buenas tardes a todos. Agradezco especialmente a la Fundación Estudios Derecho Administrativo, una vez más, por la amable invitación a participar en esta aula virtual Brewer-Carías de los martes. Agradecer el apoyo logístico y técnico de la Fundación Universitas a través de Julio Alejandro PÉREZ GRATEROL y en este caso específico la presencia de Lenni. Y por supuesto, agradecer la moderación y la presentación del profesor Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE. Justamente, el título de la ponencia: «Criterios actuales de competencia en el contencioso contra las universidades, o criterios judiciales de competencia», lo escogí haciendo un guiño de remembranza, rememorando el trabajo de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en los años 80 y 90 del siglo pasado.

En reiteradas ocasiones he consultado los criterios jurisprudenciales de aquella colección de libros de portada roja, y estaba el tomo del contencioso contra las universidades o el contencioso universitario, contencioso de las universidades. Sigue siendo materia obligada a consultar para cualquiera que se intente aproximar o necesite aproximarse al estudio del régimen procesal de las universidades, especialmente las universidades nacionales o públicas, como se les conoce coloquialmente.

Y este tema lo traigo a colación porque, recientemente, se han dado varias sentencias que han afectado a las universidades en cuanto a que han anulado normas o han impuesto decisiones condenatorias contra las universidades. Pero yo no voy a entrar en los criterios de fondo del caso concreto, sino en los criterios de competencia actual, que no los llamo jurisprudencia. En primer lugar, porque, como ya he señalado en previas ocasiones, no es dable llamar jurisprudencia a lo que no son criterios reiterados, pacíficos y uniformes. Aquí lo que tenemos son criterios que muchas veces, además, cambian dependiendo del caso concreto.

Pero ¿por qué me llamó la atención este tema de los criterios de competencia? Porque, efectivamente la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso

Administrativa, de la cual hablamos hace algunas semanas compartiendo el aula virtual con estimados profesores y amigos, en esta materia de la competencia no fue especialmente innovadora.

Y, de hecho, si aplicásemos sus normas, llegaríamos a la conclusión de que el juez por antonomasia de la regulación, de la conducta administrativa de las universidades, de las manifestaciones de la actividad administrativa en las universidades, serían los juzgados equivalentes a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. Es decir, los Juzgados Nacionales de lo Contencioso-Administrativo, los mal llamados Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque en realidad tienen competencia regional.

A mí me llamó mucho la atención cuando me di cuenta de que cada vez más vemos que las sentencias la dictan cualquier tribunal contencioso-administrativo, menos los juzgados nacionales de lo contencioso. Es decir, sentencias que dictan los tribunales o los juzgados superiores estatales de la jurisdicción contencioso-administrativa, mal llamados «juzgados superiores estatales», y sentencias que dicta la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia anulando normas reglamentarias dictadas por universidades nacionales.

Entonces, eso me produjo ruido, me produjo desazón. Y esa es la razón por la cual me puse a revisar con un cierto detenimiento, no diré que con pretensiones de exhaustividad, pero sí con cierta acuciosidad, el tema.

Y llegué a la conclusión, y aquí usando el lenguaje actual cinematográfico y usando un anglicismo, les doy un *spoiler*. El *spoiler* es que conoce cualquier tribunal menos lo que deberían conocer, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa si se trata de demandas de nulidad de actos administrativos emanados de universidades.

Entonces, vale la pena, creo yo, ver cómo se produjo este fenómeno, y también un poco comentar al final, si da tiempo, las implicaciones de estos criterios que son absolutamente contrarios a la regulación legal.

Entonces, hagamos primero un muy breve repaso a lo que era la situación en los años 80 y 90 y podríamos decir que inclusive ya con la Constitución del 99 por allá hasta la primera mitad de la primera década de este siglo. Vamos a regresar un poco entonces a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que estuvo vigente entre 1977 y 2004.

Recordemos que, en lo que se refiere a las universidades, después de discusiones doctrinarias, se llegó a la conclusión de que efectivamente son entes con forma de Derecho público, son entes estatales, pero no son una Administración que se inserte organizativamente en la estructura de la Administración Pública Nacional, central o descentralizada. Por un lado, por el tema de que tienen una autonomía que les acuerda, les acordaba, la Ley de Universidades en aquella época. Además, se la confirma el artículo 109 de la Constitución del 99.

Por ejemplo, el artículo 9 de la Ley de Universidades se refiere a la autonomía organizativa, que es la autonomía por excelencia, de dictar normas internas. La autonomía académica. Pero también las universidades nacionales gozan de autonomía administrativa —dice la Ley—, que la entendemos como autonomía política para elegir a sus representantes y autoridades. Y autonomía económica y, financiera y presupuestaria. Podríamos hablar de este punto, pero no es lo importante.

Lo importante es que, de acuerdo con estas características, la jurisprudencia y la doctrina de los años 80 y 90, hay que recordar el estudio que le dedica, por ejemplo, entre otros, el profesor CABALLERO ORTIZ en el libro: *Los institutos autónomos*, para distinguir a las universidades —con todas sus similitudes— de los institutos autónomos. Tienen similitudes, pero el tema de la autonomía hace que sin duda tengan serias diferencias también.

Pero desde el punto de vista de la competencia, los criterios son similares en cuanto a la aplicación de los dos tipos fundamentales de pretensiones que regulaba la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, el conocido en aquella época como «recurso contencioso-administrativo de

nulidad», contra actos de efectos generales o contra actos administrativos de efectos particulares, y lo que se conocía en aquella época como las demandas «contra entes públicos», «contra entes del sector público».

En ese sentido, hagamos un muy breve repaso que, además, nos va a servir porque la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la vigente, pues no se aparta demasiado de esos criterios de delimitación y asignación competencial. Hay, por un lado, las pretensiones declarativas o constitutivas de nulidad de acto administrativo, el recurso contencioso-administrativo en nulidad.

¿Cómo se atribuye la competencia durante la vigencia de la Ley de la Corte? Criterio que actualmente se mantiene en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Bueno, básicamente entre tres grados de tribunales, tres instancias jurisdiccionales. Si se trata de los actos administrativos emanados de las altas autoridades de las ramas del Poder Público nacional actuando en función administrativa, la competencia en primera y única instancia corresponde a la Sala Político-Administrativa. Entonces, de la Corte Suprema, hoy en día del Tribunal Supremo de Justicia.

En las hipótesis de que se trate de pretensiones de nulidad de actos administrativos emitidos por autoridades estatales o municipales, la competencia en primera instancia va a corresponder a los juzgados superiores estatales y en segunda instancia o apelación, en aquella época a las cortes de lo contencioso, a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. Luego ya en este siglo se creó la Corte Segunda.

Y había entonces una tercera posibilidad, que era lo que se conocía como la «atribución residual de competencia». Es decir, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de acuerdo con el artículo 185 número 3 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, iba a conocer de las acciones o recursos de nulidad de actos administrativos dictados por autoridades nacionales distintas a las reguladas en los supuestos de competencia de la Sala Político-Administrativa y en los supuestos en que la competencia tampoco les correspondía a los juzgados superiores estatales.

Es decir, autoridades nacionales, pero que no fueran de las altas autoridades nacionales. Igualmente, en el caso de la Administración Pública nacional, pero la descentralizada funcionalmente, y por allí encuadra entonces que la competencia era muy similar para el caso de los actos administrativos emitidos por institutos autónomos y los actos administrativos emitidos por autoridades universitarias.

No voy a entrar en el tema de lo que se conocía como los «actos de autoridad»; es decir, actos dictados en función administrativa por universidades que no son universidades nacionales, pero que la jurisprudencia en su oportunidad los asimiló, al menos a los efectos de su control jurisdiccional.

Ese era el criterio básico. Es decir, los actos dictados por las universidades nacionales, actos administrativos, iban a ser demandados pidiendo su declaración de nulidad ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y tenía apelación ante la Sala Político-Administrativa por un criterio jurisprudencial posterior de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Mientras que el otro bloque competencial, que era las llamadas «demandas contra los entes públicos», hoy en día diríamos las pretensiones de condena al pago cantidades de dinero. En tal caso, el criterio era distinto, era un criterio que se basaba en la cuantía de la demanda. Dependiendo de la cuantía de la demanda iban a conocer los juzgados superiores estatales en primera instancia, juzgados superiores contencioso-administrativos estatales. La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, dependiendo de la cuantía, sí era una cuantía mayor. Y ya una cuantía aún mayor, conocía en primera y única instancia la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Básicamente, esos eran los dos criterios, y fundamentalmente por eso, cuando se hablaba del contencioso contra las universidades, se estaba pensando en demandas de nulidad de actos administrativos cuya competencia le correspondía conocer a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. Y de allí, justamente, como señala el profesor HERNÁNDEZ-MENDIBLE, tanta jurisprudencia que se produjo en la época con ocasión de una serie de asuntos,

tanto en lo que se refiere la regulación de los actos administrativos, la teoría general de las nulidades de los actos administrativos, como también en materia de regulación universitaria, de asuntos propiamente universitarios.

Eso se mantiene así hasta el año 2004-2005. ¿Qué pasó en los años 2004-2005? Pues aquí tenemos una vez más que repasar un poco la infortunada o desafortunada evolución del contencioso-administrativo venezolano en el último cuarto de siglo.

¿Qué fue lo que sucedió? Bueno, sucedió que entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en el 2004, que derogó a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Y esa última Ley era la que regulaba a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y a los juzgados superiores estales contencioso-administrativos en sus disposiciones transitorias, esperando que en algún momento se dictara la ley, la ley que iba a regular la jurisdicción contencioso-administrativa, ya con una vocación definitivamente de permanencia.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 2004 deroga la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, deroga las disposiciones transitorias, pero, por razones que no vienen al caso hablar en esa ocasión, no las sustituye por una regulación similar o distinta. Con lo cual, desde el punto de vista estrictamente jurídico formal, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo dejó de existir en el año 2004, en cuanto salió publicada la *Gaceta Oficial* y entró en vigencia la Ley, al igual que los juzgados superiores estadales de lo contencioso-administrativo.

Pero eso no fue así, sino que se mantuvieron funcionando sin base legal, en atención a que la Sala Político-Administrativa fue poco a poco dictando sentencias con efectos legislativos, con efectos normativos. No voy a entrar acerca de la pertinencia jurídica del asunto. Criterios que le permitieron atribuir la competencia a unos juzgados que, en estricto rigor jurídico, no tenían base legal para existir, para funcionar.

Y en ese ínterin nos encontramos con la sentencia, ya no de la Corte Suprema, sino de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la 4550 del 22 de junio de 2005. Esta señala que sigue los criterios básicos que ya hemos venido delineando en lo que se refiere a lo que se conocía como el «contencioso contra las universidades», en cuanto al recurso contencioso-administrativo de nulidad, diríamos hoy en día en la terminología de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, demanda de nulidad de acto administrativo.

Y esa sentencia señaló en el año 2005 que, en cuanto a las universidades, se trata de instituciones al servicio de la Nación, formando parte de la Administración Pública nacional. Por tanto, por participar de las características principales de aquellos institutos —aquí se estaba refiriendo a los institutos autónomos, estaba recogiendo lo que había sido la jurisprudencia previa que, asentada en la doctrina, había delineado y a la vez esclarecido la naturaleza jurídica de las universidades nacionales a los efectos de su control jurisdiccional—. Tomemos en cuenta en aquella época la existencia de vasos comunicantes entre la doctrina y la jurisprudencia, que eran abundantes, porque había doctrinarios y profesores que eran magistrados y viceversa, lo cual hoy en día es prácticamente impensable.

Entonces, esa sentencia del 2005 señaló que, al hacer la referencia a la comparación de las universidades con los institutos autónomos, señala que participan de las características principales de aquellos institutos. Ojo, exceptuando el tema de que las universidades no están regidas por el principio de jerarquía y que la autonomía es muchísimo más marcada en estas por una serie de razones académicas. Pero, afirma el texto, se justifica que a los fines de su protección jurisdiccional se les extienda el fuero contencioso-administrativo, y por ello el conocimiento de cualquier acción o recurso que se ejerce en su contra corresponde, al igual que en los casos de los institutos autónomos, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si ustedes me oyeron, me dirán: «Bueno, pero el profesor TORREALBA SÁNCHEZ no está diciendo nada nuevo». No, no estoy diciendo nada nuevo. Lo

que sucede es que esta sentencia se ha ido copiando, pero le han ido añadiendo párrafos que no tenía originalmente o expresiones que no tenía originalmente, porque esta sentencia 4550 se refiere efectivamente a que el conocimiento de cualquier acción o recurso que se ejerza contra las universidades corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, cierto, pero habla de la jurisdicción contencioso-administrativa, no refiere específicamente a quién le corresponde el conocimiento.

Y aquí tenemos el problema de que durante la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 2004 no había regulación legal que distribuyera la competencia, que asignara la competencia a los juzgados superiores estatales ni a las cortes de lo contencioso. Pero, por vía de sentencias, se mantuvieron esos tribunales y se les mantuvo también esos criterios, pero ya no podemos hablar de criterios legales.

Pero el cambio viene, al menos hasta donde yo he podido averiguar, con la sentencia 1118 del 29 de julio del 2009. Fíjense que cuando se dicta esta sentencia todavía está vigente la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 2004. Esta sentencia, ante la ausencia de previsión legal expresa, en mi opinión, da lugar al inicio de la tergiversación de los criterios de distribución de competencia.

Esa sentencia señala lo siguiente: Se trató de la demanda de nulidad del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela. En ese caso concreto, justamente la demanda de nulidad la presentaron profesores de mi Facultad y específicamente de mi Escuela, la Escuela de Derecho. Esa sentencia señala que la Sala Político-Administrativa observa que está analizando el tema de la competencia visto que se impugnan algunas de las disposiciones de ese Reglamento, y lo califica como un acto administrativo de efectos generales que regula todo lo relativo al ingreso, ubicación, ascenso, antigüedad, deberes y derechos, incompatibilidades, medidas disciplinarias y protección social de los miembros del personal docente de investigación de la casa de estudios en referencia. Es decir, del personal académico llamado a dedicarse a dicha institución universitaria, pues estos prestan

sus servicios no solo a nivel de pregrado, sino que también se dedican a actividades de consulta con los estudiantes de pregrado, a la docencia de posgrado y a la realización permanente de labores de investigación y extensión.

Hasta ahora, la sentencia no me dice nada en específico relevante en materia de competencia, pero sigue señalando: En virtud del ámbito descrito regulado por el acto de efectos generales cuya nulidad parcial se ha solicitado, este máximo tribunal considera de fundamental importancia establecer las precisiones siguientes. La educación constituye una función social que genera derechos y obligaciones para el docente, los directivos del centro docente, los educandos y progenitores, donde el Estado, en cualquiera de sus ramas y mediante todos sus órganos, se encuentra en el deber ineludible e impostergable de garantizarla como uno de los objetivos fundamentales de su actividad y como servicio público de rango constitucional inherente a la finalidad social del Estado.

Y más adelante dice la sentencia que la educación, además, hace realizable el valor y el principio material de la igualdad, puesto que en la medida en que la persona tenga semejantes posibilidades educativas, tendrá oportunidades para su realización como persona. En este contexto, la prestación del servicio público de educación inherente a la finalidad social del Estado, bien que se preste directamente por este, indirectamente o por los particulares, debe realizarse en condiciones de permanencia, regularidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad y moralidad, con el fin de alcanzar los objetivos para los cuales ha sido instituido.

Hasta ahora todo muy bonito, pero no me ha dicho nada de la competencia. Pero agrega: Todo lo expuesto conmina a este órgano jurisdiccional –continúa diciendo la sentencia– a garantizar los mencionados fines y condiciones para el acceso y permanencia de los estudiantes y de los educandos en igualdad de oportunidades. Por ello, en virtud de que, en el caso particular que se analiza, se impugna el contenido de los artículos tales y tales del Reglamento del Personal Docente Investigación de la UCV, es decir, disposiciones de carácter normativo que regulan lo relativo al ingreso,

ubicación, ascenso, antigüedad, deberes y derechos, incompatibilidades, medidas disciplinarias y protección social de todos los miembros del personal docente investigación de la UCV, y por tanto disposiciones de efectos generales, de conformidad con el artículo 259 de la Constitución, en concordancia con la competencia establecida en el citado artículo 5 numerales 30 y 31 de la Ley que rige las funciones de este máximo tribunal, la Sala Político-Administrativa es la competente para conocer y decidir de recursos de nulidad interpuesto.

Aquí, de repente, nos encontramos con esta conclusión que no va precedida de premisas argumentativas pertinentes. Es decir, estamos ante una típica falacia de atinencia. Más allá de que lo cierto es que el órgano jurisdiccional no está conminado a garantizar la prestación de los servicios públicos, porque para eso no son los órganos jurisdiccionales. Allí está quizá el germen de la confusión que se ve mucho en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que parece que el proyectista no tenía muy claro cuál es el propósito de la Administración Pública y cuál el de la jurisdicción contencioso-administrativa, que son distintos.

Pero aquí vemos cómo entonces, de hablarme de la prestación del servicio público, de hablarme de la importancia de la educación, y por cierto hablarme de los actos de efectos generales, termina concluyendo que la competencia es de la Sala Político-Administrativa. Fíjense que cita el artículo 259, que es la norma general, la base constitucional primaria de la jurisdicción contencioso-administrativa en la vigente Carta Magna. Y luego menciona el artículo 5 números 30 y 31, de la entonces vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia el 2004. Pero es que, efectivamente, el artículo 5 regulaba las competencias de la Sala Político-Administrativa porque era las únicas competencias que en materia contencioso-administrativa regulaba, porque era la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Pero, si revisamos esos dos numerales, nos vamos a encontrar con que se referían al conocimiento de la demanda de nulidad o del recurso contencioso-administrativo de nulidad de acto administrativo dictado por las altas autoridades nacionales. Para nada hablaba ni de atribución residual de competencias ni mucho menos de universidades, y no podía hacerlo.

Con lo cual, con esta sentencia, la Sala Político-Administrativa invocando normas que no son las pertinentes, señala que la competencia es de ella para conocer de una demanda contra un acto administrativo de efectos generales dictado por la Universidad Central de Venezuela.

Pero es que, además, ya para ese momento la Sala Político-Administrativa había dictado sus sentencias cuasilegislativas de los años 2004 y 2005 en las cuales había señalado que se mantenía el criterio de atribución residual de competencia en lo que concernía a las pretensiones de nulidad de actos administrativos. Es decir, en cuanto a que, en el caso de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, conocía de demandas de nulidad contra los actos administrativos emanados de la Administración Pública nacional, siempre que no fueran las altas autoridades. Esto es, siempre que no fueran de aquellas cuyos actos los iba a conocer, a controlar, la Sala Político-Administrativa en primera y única instancia. Y siempre también que no fueran de los que correspondían ser conocidos en primera instancia por los juzgados superiores estatales, que era la hipótesis de los actos administrativos dictados por la Administración Pública estatal y la Administración Pública municipal.

Lo que quiero decir es que esta sentencia intenta hacer un malabarismo argumentativo para convencernos de que a la Sala Político-Administrativa le corresponde conocer algo que no le corresponde conocer por ley, y que, de acuerdo con sus criterios jurisprudenciales ya entonces vigentes, no le corresponde conocer.

Y, además, pareciera que en algún momento intenta resucitar la distinción entre nulidad de actos de efecto generales por razones de inconstitucionalidad de la nulidad de actos administrativos de efectos particulares. Aquella distinción vigente durante la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pero que la Constitución del 99 deroga. Esto es, aquella distinción que permitía establecer entonces los supuestos en los cuales las demandas de nulidad del reglamento, pero ojo, se trataba de «reglamentos ejecutivos», si se alegaban solamente razones de inconstitucionalidad, la competencia era de la Corte en pleno. Mientras que el resto de los actos administrativos,

invocándose razones de ilegalidad o inconstitucionalidad, la competencia era de Sala Político-Administrativa y demás tribunales contencioso-administrativos.

Es decir, que por donde lo veamos, esta sentencia establece un criterio contrario, si no contrario, al menos sin base legal. Invoca unas normas que no son las aplicables y contradice lo que ha venido estableciendo la misma Sala Político-Administrativa de una manera muy forzada, sí, pero lo hace en virtud de esas sentencias cuasinormativas que fueron las que permitieron el mantenimiento de los juzgados superiores estatales de lo contencioso-administrativo y de las cortes de lo contencioso-administrativo.

Bien, pero podríamos pensar que se trató de un hiato, se trató de una ruptura temporal hasta tanto el asunto se volviera a regular como efectivamente se reguló en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La Ley retorna al criterio de la atribución residual de competencia. Ya no son las cortes de lo contencioso-administrativo, sino que son los juzgados nacionales, los que van a conocer de las demandas de nulidad de actos administrativos en el supuesto de que esos actos administrativos no hayan sido dictados por las altas autoridades del Poder Público nacional. Es decir, por un ministro, vicepresidencia ejecutiva, presidencia de la República y las máximas autoridades de las otras ramas del Poder Público nacional actuando en función administrativa. Y esos juzgados nacionales tampoco van a conocer de las demandas de nulidad contra los actos dictados por la Administración Pública estatal y municipal.

Es decir, siguen conociendo residualmente todo lo que no conozca ni la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en primera instancia ni los juzgados superiores contencioso-administrativos en primera instancia. Y así tenemos que debía resolverse el asunto, retomarse ya los cauces originales. Pero no se hizo.

Y así, por ejemplo, me encontré con la sentencia 1210 del 8 de noviembre del 2017. Ojo, ciertamente la demanda fue presentada en 2007 y eso es importante tomarlo en cuenta en esa sentencia del 2017, lo cual nos dice mucho acerca

de tema del retardo procesal y de las dilaciones indebidas. Lo cierto es que la Sala Político-Administrativa transcribe el precedente inmediatamente previo que les acabo de citar y señala que, de conformidad con la jurisprudencia pacífica de ese Supremo Tribunal, al versar el objeto de la demanda de nulidad sobre un acto administrativo de efectos generales dictado por un órgano con autonomía funcional como es la Universidad de Oriente, debe esa Sala, de acuerdo con el criterio anteriormente expuesto, declarar que acepta la competencia declinada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo.

Bueno, el tema que es estamos en 2017. Supongamos que la sentencia entiende que, como la demanda fue presentada en el 2007, aplican las normas de competencia del 2007 en virtud del principio de la *perpetuatio fori* (artículo 3 del Código de Procedimiento Civil). Eso podría entenderse, aunque, en mi opinión, es bastante cuestionable, pero al menos tendría cierta justificación. Mas el tema es que la misma Sala Político-Administrativa en el año 2018 sigue invocando la misma sentencia que ya vimos hace un rato del 2005. Y es así como en la sentencia 1213 del 21 de noviembre del 2018 sigue invocando el artículo 5, numerales 30 y 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 2004, pero en 2018.

Señala que se hace *ratione temporis*, pero la demanda fue interpuesta en 2015, es decir, ya tenía 5 años de vigente la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Con lo cual aquí no hay duda de que lo aplicable era el artículo 24.5 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Y, por lo tanto, la competencia obligatoriamente le tenía que corresponder para conocer en primera instancia de una demanda de nulidad contra un acto administrativo emitido por una universidad nacional a los juzgados nacionales de lo contencioso-administrativos competentes en razón del territorio.

Pero veamos sentencias aún más recientes, como la sentencia 244 del 14 de diciembre del 2023. La demanda fue presentada en el año de 2020. Fíjense que, luego de citar los artículos 259 de la Constitución, lo curioso es que la Sala Político-Administrativa no cita la Ley Orgánica de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa, cita es la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 2022. Cita el artículo 26.5 de la última, pero no la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que ya tenía 13 años de vigente.

Esa sentencia señala que, conforme a la jurisprudencia citada y visto que en el caso bajo estudio el objeto de la demanda de nulidad se circunscribe a un acto administrativo de efectos particulares dictado «... por un órgano con autonomía funcional, como es la Universidad de Carabobo...» (*sic*), debe la Sala, de acuerdo con el criterio anteriormente expuesto, declarar su competencia para conocer del presente asunto. Y a tal efecto, cita la sentencia 1213 el 21 de noviembre del 2018 que señala lo mismo.

Es decir, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa este parece ser el criterio de la Sala Político-Administrativa para asumir la competencia con el fin de conocer de demandas de nulidad de actos dictados por universidades nacionales, que, dicho sea de paso, no hay ninguna distinción a los efectos de la competencia según se trate de un acto de efectos generales o normativo de un acto individual o particular. Sigue citando el artículo 259 constitucional, que es la norma base genérica. Cita también el artículo 266.5 de la misma Constitución, que se refiere a las competencias de la Sala Político-Administrativa en materia de nulidades de actos administrativos. Pero, de manera muy curiosa, el redactor se acuerda de que está vigente la Ley Orgánica del Tribunal Suprema de Justicia del 2022, pero parece olvidar la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Lógicamente, el artículo 26.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Suprema de Justicia del 2002, que se refiere a las competencias de la Sala Político-Administrativa y que es una norma que no regula este asunto, porque, como ya vimos, la distribución de competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en sus diversos grados de jurisdicción: ¿Dónde está? En la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En resumen, el criterio aparentemente vigente de la Sala Político-Administrativa es formalmente el mismo que estableció durante la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 2004, criterio que contrariaba sus propios lineamientos jurisprudenciales. Y lo que es más grave aún, que actualmente contraría las disposiciones expresas de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al punto de que no la cita, la olvida.

Desconoce la Sala Político-Administrativa la Ley que regula y que resuelve el asunto de manera expresa. Y sustancialmente, su criterio se basa en una invocación a la trascendencia y la función social del derecho constitucional a la educación, cuyos fines debe garantizar la Sala Político-Administrativa. Porque esa sentencia que les cité los párrafos hace un rato sigue citándose, copiándose sin mayor análisis. Pero, en realidad, se trata de una falacia de atinencia. En primer lugar, por el hecho de que eso no es cierto, el derecho a la educación no es un asunto que le corresponda garantizar a la Sala Político-Administrativa, sino a la Administración Pública.

Pero, además, es una falacia de atinencia en cuanto a que eso no tiene que ver con la competencia. Es decir, la competencia en este caso se determina por el grado, y por el grado de jurisdicción, el tribunal competente, de acuerdo con la propia Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 24.5), son los juzgados nacionales, no le corresponde a la Sala Político-Administrativa.

Entonces, es una falacia de atinencia doble, pero eso es lo que existe actualmente. Con lo cual, cosa curiosa, las demandas de nulidad de actos administrativos emanados de las universidades, en esos supuestos que hemos visto, le corresponden ser conocidas en primera y única instancia a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, aunque la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa diga otra cosa.

Además de esto, tenemos que tomar en cuenta que el asunto no se acaba acá, porque hay un criterio que se superpone o se solapa en algunos casos. Es el criterio del caso de las demandas interpuestas por docentes universitarios en

materia funcionarial contra universidades nacionales. Porque, en este caso, el Tribunal Supremo de Justicia, no en Sala Político-Administrativa, sino en Sala Plena, señala lo siguiente: si se trata de la materia funcionarial referida a docentes universitarios, con el fin de proteger la tutela judicial efectiva y unificar criterios con la competencia en materia de pretensiones autónomas de amparo, le asignó –también en un ejercicio cuasilegislativo, la verdad que el término «usurpación de funciones» como que no es manejado hoy en día en el Tribunal Supremo de Justicia– esa competencia, en atención al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, a los juzgados superiores estatales de lo contencioso-administrativo.

Pero, además, la redacción es ambigua, porque la sentencia y las sentencias posteriores no dejan claro si solamente se aplican para las demandas interpuestas en materia funcionarial o si el criterio se aplica en general para toda pretensión interpuesta por personal docente. Eso no queda claro.

Así, por ejemplo, les puedo mencionar, la sentencia de la Sala Plena número 15 del 20 de abril del 2010, que reitera el criterio original que, si no me equivoco, es la 142 del 28 de octubre del 2008. Con lo cual, entonces, tenemos dos criterios de competencia. Si se trata de pretensiones de nulidad o de pretensiones generales en materia funcionarial interpuestas por docentes, es decir, en materia de carrera docente, la competencia en primera instancia es de los juzgados superiores estatales contencioso-administrativos, a fin de garantizar el acceso a la justicia.

Por cierto, contrariando también la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, porque ese criterio de 2008 no ha sido revisado y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sigue estableciendo, como establecía la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que aquí impera el criterio de la atribución residual de competencia y que el órgano competente para conocer en primera instancia deberían ser los juzgados nacionales de lo contencioso-administrativo.

Pero, además, entonces eso se superpone con el criterio de la Sala Político-Administrativa que, invocando el derecho a la educación, la garantía de la educación, termina señalando que ella es la competente para conocer de demandas de nulidad también.

Con lo cual, la pregunta es: ¿será la Sala Político-Administrativa la competente para conocer de demandas de nulidad si se trata de actos normativos, de actos reglamentarios? Reviviendo el viejo criterio de la distinción entre jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, criterio que fue implícitamente derogado por la Constitución del 99.

¿Cómo quedamos entonces? Ese es el primer asunto. Hay dos órganos; ninguno de los dos, por cierto, el órgano que de acuerdo con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa debería ser el competente, pero resulta que tenemos que la cúspide, la Sala Político-Administrativa está conociendo de pretensiones de nulidad de actos administrativos emanados de autoridades universitarias. Pero también los juzgados superiores estatales están conociendo de pretensiones de nulidad de actos administrativos emanados de autoridades universitarias.

Pero si ya esto no contribuye a la seguridad jurídica, tenemos que concluir mencionando un asunto que ya no es del todo o no es contencioso-administrativo, pero que está vinculado. Es el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que también ha asumido la competencia para conocer de demandas de nulidad de actos emanados de autoridades universitarias.

Y me dirán ustedes, bueno, pero un momentico. ¿Y la distinción fundamental que establecen las normas constitucionales, artículos 334 y 336, entre la Sala Constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa no se refiere al rango del acto? Es decir: ¿el control de constitucionalidad, como control concentrado y monopolístico de la Sala Constitucional, no se refiere a que la pretensión de nulidad se intente contra una norma de rango legal, de ejecución directa inmediata a la Constitución?

Eso es lo que establece la Constitución, lo dice en varias normas, y lo reitera la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Aunque ya sabemos que de esa Ley también podríamos comentar muchas cosas que tiene que son bastante discutibles. Pero es que la Sala Constitucional, en varias sentencias, ha invocado la referencia a los intereses colectivos y difusos como criterio, que, en mi opinión, es un mero criterio de legitimación, pero que determina la competencia de la Sala Constitucional.

Es decir, la Sala Constitucional señala que la violación del derecho a la educación, al menos en el ámbito universitario, toda vez que se refiere a hechos vinculados con la educación, afectan a la población estudiantil. Y eso implica que las pretensiones en las que se invoque tal derecho, es decir, el derecho a la educación, se catalogan como demandas de protección de derechos colectivos o difusos de trascendencia nacional, por lo que la competencia para conocer será de la Sala Constitucional. Ello, en atención a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Un ejemplo, la sentencia Sala Constitucional N.º 809 del 28 de mayo del 2005.

En otras palabras, no solamente la Sala Político-Administrativa invoca el derecho a la educación como supuesto criterio legitimador de su competencia, aunque no tiene base legal ni constitucional. La Sala Constitucional también lo invoca, pero, como criterio que a su vez determina que se esté en presencia de una demanda por intereses colectivos difusos o por derechos suprapersonales colectivos y difusos, la cataloga como de trascendencia nacional y termina asumiendo la competencia.

Con lo cual la gran pregunta es, si a usted le preguntan cuál es el tribunal competente para conocer de la demanda de nulidad de un acto emanado de una universidad, tendrá que responder: «Bueno, depende». ¿Depende de qué? De lo que diga la Sala Político-Administrativa, la Sala Constitucional o el juzgado superior de lo contencioso-administrativo que esté conociendo.

La conclusión general es que el no acatamiento al principio de legalidad y a las reglas de competencia ha llevado a que tribunales contencioso-

administrativos actualmente estén conociendo en primera instancia de demandas contra las universidades, siendo que justamente son los que no tienen competencia para hacerlo en virtud del grado. No la tienen ni los juzgados superiores estatales ni la tiene la Sala Político-Administrativa. Tomen en cuenta que, incluso en materia funcional, la Ley del Estatuto de la Función Pública expresamente excluye de su aplicación al personal universitario, al personal docente y en general al personal de las universidades nacionales.

A ello se suma que el criterio de la Sala Político-Administrativa parece, en algunos casos, haber resucitado una distinción entre jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa que quedó derogada a partir de la Constitución de 1999 por inconstitucionalidad sobrevenida, en virtud del artículo 266 numeral 5. Ello, en lo que se refiere a la competencia para conocer de nulidad de reglamentos por razones de inconstitucionalidad que, además, en todo caso se trataba era de los reglamentos ejecutivos en aquella época.

Por otra parte, el criterio de la Sala Político-Administrativa es tan ambiguo e impreciso que se superpone con otro criterio, igualmente ambiguo e impreciso, pero que ahora tiene base legal. Es el de la Sala Constitucional en materia de pretensiones interpuestas por legitimados en representación de intereses suprapersonales.

Yo recuerdo, ya va para 20 años, que en mi *Manual de contencioso-administrativo* cuestioné, y tengo que seguir cuestionando, el criterio de la Sala Constitucional, aunque ahora tenga el reflejo en la Ley, que señala que, porque hay una referencia en el artículo 26 de la Constitución a los intereses colectivos y difusos, eso la haya llevado a concluir que la materia de intereses colectivos y difusos, era una materia competencia de la Sala Constitucional.

Lo cual, además, se contradice, porque asume la competencia en materia de intereses colectivos y difusos de demandas en las cuales el legitimado invoque representación de estos en la hipótesis de que tenga trascendencia nacional. Si no tiene trascendencia nacional, la competencia es de los juzgados civiles. Entonces, ¿quién decide si tiene trascendencia nacional o no? La misma Sala Constitucional.

Ya para concluir, señalaría entonces que todo este panorama tan poco proclive a otorgar seguridad jurídica no es otra cosa que el resultado del voluntarismo judicial de quienes justamente, en lugar de cómo están decidiendo, serían los llamados a salvaguardar la preeminencia del principio de legalidad, comenzando por la preeminencia de la aplicación estricta de las reglas de distribución de competencias en materia judicial.

Regresando al principio, hoy en día, si quisiéramos publicar un tomo que se llamara «contencioso contra las universidades», pues entonces tendríamos el problema. No le envidio la faena a quien tuviera que hacerlo o describir cuáles son las principales sentencias en materia de atribución de criterios de competencia en demandas de nulidad. Porque, como acabamos de ver, se distribuye con unos criterios muy ambiguos, imprecisos y casuísticos entre las Sala Constitucional y Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y los juzgados superiores estatales de lo contencioso-administrativo.

Con esto ya voy concluyendo. Entonces, solo me resta una vez más ser un poco reiterativo y volver a indicar lo que yo creo que hay que señalar una y mil veces. El asunto no es un tema de leyes. Por supuesto que muchas de nuestras leyes se pueden mejorar. Pero, como todos sabemos, incluso han señalado prestigiosos doctrinarios de Venezuela y en el mundo, más vale tener buenos jueces que tener buenas leyes. Es decir, con buenos jueces puede funcionar un Poder Judicial aun cuando no se tengan buenas leyes. Muchas gracias por su atención.

iii. Intervención de Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE

Bueno, muchísimas gracias al profesor Miguel Ángel TORREALBA por la exposición, los planteamientos que ha hecho en la tarde de hoy que demuestran ¿cuál es la radiografía?, ¿cómo está en la actualidad el contencioso-administrativo?

En otras oportunidades se ha hablado de la ampliación de los privilegios procesales por obra de la jurisprudencia, a las empresas públicas, a las empresas del Estado, yendo más allá de lo que inconstitucionalmente establece la Ley

Orgánica de la Procuraduría General de la República. Ya todo esto ha sido debatido oportunamente. He escuchado la exposición y me vino a la mente que la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, con el artículo 185 ordinal tercero, construyó la tesis de los actos de autoridad, que luego fue desarrollada ampliamente por la doctrina.

Hay un trabajo muy valioso de la magistrada en aquella época de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, en la *Revista de Derecho Público*, si no recuerdo mal creo que es la número 22. Pero en todo caso está en la *Revista Derecho Público* de la primera mitad de los años 80, donde se abordaba este tema sobre la «Ampliación del ámbito contencioso-administrativo».

Y luego vino un trabajo de Rafael CHAVERO sobre «Los actos de autoridad», que lo elaboró cuando todavía era estudiante en la UCAB y ganó premio de investigación como estudiante en aquella época. Actualmente, es profesor de la Universidad Central de Venezuela. Luego, han venido muchos otros, pero estoy situando un poco el contexto de lo que fue aquel tiempo. Y eso me hizo recordar a quienes construyeron esa jurisprudencia de la teoría de las nulidades, de la distinción entre los actos de autoridad y los actos propiamente administrativos.

Y en esa lista, salvo alguno que se me escape, estuvieron de magistrados, además de Josefina CALCAÑO DE TEMELTAS, Cecilia SOSA GÓMEZ, Pedro Miguel REYES, Antonio ANGRISANO, José AGUSTÍN CATALÁ, Alfredo DUCHARNE, Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, Belén RAMÍREZ LANDAETA, Jesús CABALLERO ORTIZ, Gustavo URDANETA TROCONIS, Alexis PINTO D'ASCOLI, José PEÑA SOLÍS, Teresa CORNETT, Lourdes WILLS, Humberto BRICEÑO LEÓN, Armida QUINTANA MATOS (que estuvo dentro de las primeras Cortes que se constituyeron), María Amparo GRAU, entre otros. Seguramente se me escapó alguno, pero estoy haciendo un ejercicio de memoria y no tengo la lista de todos aquí.

Todos ellos fueron haciendo sus aportes a lo que fue esa construcción jurisprudencial que dio pie a esos volúmenes, además de la jurisprudencia que

construyó la jurisdicción contencioso-administrativa con base en el artículo 185 ordinal tercero de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para desarrollar este contencioso de las universidades específicamente.

Y esto lo traigo a colación porque tengo varios comentarios para hacerle al profesor Miguel Ángel TORREALBA, de cómo, ya con la Constitución de 1999 y el desarrollo que ha tenido lo que él nos acaba de exponer, cómo se han ido tergiversando las cosas.

Fíjense ustedes, el artículo 137 de la Constitución vigente, por lo menos formalmente, dice que las competencias del Poder Público las definen la Constitución y la ley. En lo que él nos acaba de exponer, ni la Constitución ni la ley atribuyen competencia a quien está resolviendo estos conflictos. Pero, además, dentro del principio de legalidad, hay un principio de legalidad administrativa, sancionatoria, tributaria, presupuestaria y judicial, el último que está recogido concretamente en el artículo 253 de la Constitución.

Por su parte, el artículo 259 de la Constitución dice que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos, generales o individuales, contrarios a Derecho, pero todo eso lo dice precedido de una frase que dice: «La jurisdicción contencioso-administrativa la ejercen el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley». Volvemos al principio de legalidad.

Fíjense que en ningún momento hay forma de escaparse dentro de la Constitución del principio de legalidad, y concretamente el principio de legalidad judicial. Y el artículo 139 de la Constitución señala que los funcionarios públicos son responsables cuando violan la Constitución y la ley. Son responsables a título personal. En consecuencia, los jueces son responsables a título personal cuando desconocen la Constitución y la ley. Incluso, el artículo 139 citado habla de que pueden hacerlo por abuso de poder o por desviación de poder, así como por violación de la propia Constitución o de la ley. Pero entonces, bajo estas premisas de violación del principio de legalidad en materia del ejercicio de la función pública y, concretamente, de la función pública judicial, surge como otra inconsistencia de parte de esa jurisprudencia.

La Constitución nos dice en los artículos 102, 103 y 109 concretamente, que se refiere a las universidades, que la educación es una obligación que debe garantizar el Estado. La educación es un deber, pero, según la Constitución, también es un derecho humano y también es un servicio público. Si fuéramos coherentes en esto que nos acaba de plantear el profesor TORREALBA y no nos fuéramos al debate de la impugnación de los actos administrativos de las universidades, con base en lo que históricamente denominamos la «competencia residual» y que ahora pues está más definida en estos artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y nos quedamos con la tesis de que estamos ante un servicio público, la competencia tampoco sería ni siquiera de los juzgados estatales contencioso-administrativos, sino que correspondería a los juzgados municipales con competencia contencioso-administrativa.

O sea, que la Sala Político-Administrativa ignora la Ley de plano, cosa curiosa por una razón. Porque esta se ufano en su momento de ser la que redactó la Ley que hoy en día está vigente, que curiosamente, habiendo redactado esa Ley, crearon un recurso de juridicidad que luego fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional porque violaba la Constitución. Pero, bueno, eso es para otro momento.

Lo interesante aquí es destacar que la Sala Político-Administrativa, reconocamos que fue la autora intelectual, la madre de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente, ignora, desconoce a su hijo. Es decir, lo rechaza, y entonces, decide aplicar criterios que ellos mismos elaboraron, pero que luego no les parecen tan buenos, al punto de que ni siquiera lo invocan. Podrían decir que se desaplica por vía de control difuso, más allá de que tendrían que incurrir en una serie de sofismas para llegar a esa conclusión. Pero no, ni siquiera se molestan en eso.

Entonces, le planteo al profesor TORREALBA todo esto, porque, además, este criterio también desconoce la obligación de actuar dentro del marco del debido proceso que establece el artículo 49.3 de la Constitución por el tribunal competente. O sea, el tribunal que debe actuar, tramitar el juicio es el

tribunal competente (...) que la disposición constitucional que dice que «todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados en la Constitución y la ley es nulo»...

iv. Intervención de Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ

Bueno, varias cosas. Lo primero, habría que recordar que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, yo lo suelo usar un poco como elemento jocoso y didáctico en las clases, es lo que antes se llamaba una «hija natural». Formalmente no tiene padres reconocidos. Todos o muchos sabemos que esa Ley se elaboró en un despacho de la Sala Político-Administrativa, que tampoco se consultó, creo yo, con todos los despachos.

Pero formalmente, no hubo una iniciativa legislativa del Tribunal, que era lo lógico, como sí pasó con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sino que aquí, en esa forma de hacer las cosas tan confidenciales, subrepticias, y, sobre todo, contrarias al marco jurídico, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se elaboró en un despacho de la Sala Político-Administrativa de manera confidencial, de manera prácticamente secreta. Parecía que era un secreto de Estado.

Pero luego termina aprobándola la Ley en la Asamblea Nacional, que, por cierto, los invito a que revisen los textos de la primera discusión y la segunda discusión. Nos vamos a dar cuenta de que no son los mismos, con lo cual, en estricto rigor jurídico, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa podría considerarse que es nula.

Pero más allá de eso, con relación al tema de la educación y el servicio público, todos sabemos que un concepto que da muchísima polémica es el concepto de servicio público. Yo por eso, de entrada, ya lo hubiera desechado como un criterio de delimitación competencial, por lo absolutamente impreciso que es un concepto de servicio público.

Entonces, en mi opinión, en un futuro deberíamos eliminar el reclamo por la prestación del servicio público, no ya por el hecho de que no se ha aplicado, sino por el hecho de que entender qué es un servicio público, pues eso ya de por sí presenta una serie de problemas. Pero, en todo caso, eso lo que ha servido es como un comodín. Bueno, cuando no tengo, en el caso de la Sala Constitucional o de la misma Sala Político-Administrativa, cuando no tengo otro asunto, digo que es un servicio público y asumo la competencia.

¿Qué es lo que sucede en la práctica? Si nos ponemos a ver más allá de todo esto, lo que refleja, yo creo que aquí el planteamiento de fondo es ver qué propósito persiguen los tribunales al asumir la competencia para conocer de causas en el caso de las universidades, que es claro que no tiene competencia.

¿Cuál es el propósito final? No sé si con esto respondo a todo lo que planteaste, porque justamente al final de la conexión no te escuché cómo terminabas de plantear la idea.

v. Intervención de Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE

No, básicamente era eso, estaba ya cerrando, que las sentencias de la Sala Político eran nulas porque así lo plantea el artículo 25 de la Constitución. Todo acto que menoscabe los derechos garantizados en la Constitución y la ley es nulo. Y en este caso la sentencia está desconociendo, entre otros aspectos, el debido proceso y el principio de legalidad. Creo que es suficiente como para entender que estamos ante un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, como se le quiera calificar.

vi. Intervención de Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ

Y hay otra cosa. Visto esto: ¿con qué ánimo alguien va a presentar una demanda de nulidad de un acto administrativo invocando la incompetencia? Si el juez contencioso-administrativo es el primero que viola todos los días la regla de la competencia judicial ¿Cómo pedirle que revise el acto administrativo porque el órgano no era competente por el grado, por el

territorio, por la materia, por lo que fuera, por cualquier criterio de determinación competencial? Si los primeros que vulneran las reglas de distribución de competencia, que como bien sabemos son una manifestación de las más fundamentales reglas de validez de los actos que expiden los órganos que ejercen el Poder Público, del principio de legalidad, son los tribunales, comenzando por el Tribunal Supremo de Justicia.

vii. Intervención de Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE

Sí, por eso decía al comienzo que era un ejemplo de las tantas situaciones difíciles de entender y de explicar en el plano académico y obviamente en el plano profesional. Y por eso, muchas veces, cuando a un abogado le preguntan, «Oiga ¿y a dónde tengo que ir a demandar en este caso?» dice, «Depende, va a depender del criterio que se acoja para tratar de llevar a cabo la causa respectiva, si va a ir ante un tribunal u otro». Porque nunca hay certeza, a pesar de lo que dice la ley, de cuál va a ser el tribunal que va a conocer del caso.

Específicamente ¿Va a ser la Sala Político-Administrativa, van a ser los juzgados «nacionales», van a ser los juzgados estatales, va a ser el juzgado de municipio, será la Sala Constitucional que siempre tiene la discreción —mal entendida—, además de avocarse a conocer de estos procesos?

Bajo esta facultad que también creo que habrá que revisar en su momento, del avocamiento. Bajo la antigua Ley de la Corte se usó con mucha prudencia y fueron, creo, más los casos en que se rechazó el avocamiento que los que se asumieron. Hoy en día vemos que esto plantea una suerte de guerra entre Salas, además, porque la Sala Constitucional termina avocándose a lo que decidan las demás Salas, sin respetar ni siquiera la más mínima garantía de legalidad y de competencia en esta materia.

Entonces, son temas que hay que revisar. Aunque al final, no es un problema de leyes, como perfectamente lo ha dicho el profesor TORREALBA, sino que es un problema de quiénes están ejerciendo el Poder Judicial.

Yo acabo de nombrar una lista de personas que fueron magistrados en la Corte Primera. No nombré los de la Sala Político-Administrativa porque no venía al caso. Uno podía estar o no de acuerdo con los criterios que habían manejado en determinados casos, pero eran personas que no incurrieron nunca en prevaricación.

Quisiera antes de finalizar, no sé si el profesor Torrealba tiene algo más que decir, destacar que en la sesión de hoy nos han acompañado, además de la doctora Belén RAMÍREZ, que fue magistrado en su momento de la Corte Primera y finalmente de la Sala Político-Administrativa, el magistrado y profesor José PEÑA SOLÍS, la profesora Nélida PEÑA COLMENARES, la profesora María Alejandra CORREA, el profesor Antonio SILVA ARANGUREN, que han estado presentes en la sesión de hoy. Creo que todos, por la afinidad, por la vinculación con el tema, deben estar alarmados de ver cómo esto se ha desfigurado. Porque no fue una transformación, no fue una evolución, sino una desfiguración total de las cuestiones más elementales del Derecho Procesal.

Incluso el profesor TORREALBA hablaba hace unos minutos del tema de la justificación en las demandas de acciones de derechos colectivos y difusos. Y creo que esta justificación de la Sala Constitucional, concretamente, también viene dada porque algunos autores han hablado de que las demandas de derechos colectivos y difusos son un medio de impugnación, y esto es un error conceptual gravísimo. No es un medio de impugnación. Esto es un tema de legitimación procesal. Hay una legitimación procesal, en que se actúa por un interés personal, y hay una legitimación procesal cuando se tiene un interés colectivo y difuso.

Incluso, en algún momento en estos mismos espacios hemos hablado de quiénes pueden representar ahora los intereses de las futuras generaciones y todo lo que ello implica. Lo cual siempre es un problema de interés jurídico. El tema de la legitimación en materia de protección de derechos o intereses colectivos y difusos, también lo abrió la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en la sentencia que se conoció en su momento como Desarrollos Tercera Avenida, popularmente conocida fuera del

ámbito jurídico como «El monstruo de Los Palos Grandes». En esa sentencia, por primera vez, la Corte admitió esa legitimación que luego hoy en día ya tiene rango constitucional.

Fijense que volvemos otra vez a lo mismo, era un asunto de jueces lo que permitía que la Corte fuera desarrollando estos temas. Jueces capaces, jueces que tenían ingenio, que tenían incluso mística para ir más allá de las estrictas reglas, que lo podían mantener dentro de un cierto conservadurismo y fueron ampliando los criterios para garantizar la tutela judicial efectiva y los derechos fundamentales. Esto, evidentemente, pues es muy distinto a los tiempos que vivimos. Pero le doy la palabra al profesor TORREALBA para finalizar, no sin antes agradecer nuevamente a la Fundación Estudios de Derecho Administrativo, a la doctora Belén RAMÍREZ LANDAETA, por brindarnos el espacio en la tarde de hoy. A Julio Alejandro PÉREZ GRATEROL y a Lenni, por el apoyo técnico que nos brindan permanentemente para que estemos compartiendo con ustedes estas reflexiones. Profesor TORREALBA, tiene la palabra para continuar.

viii. Intervención de Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ

Sí, gracias. Bueno, antes de finalizar, yo iba concluir casi que con una broma, pero viene a colación por una intervención que acabo de leer. Imagínate que te recomiendan para que des un dictamen al respecto o viene un cliente y te pregunta, y la respuesta que le tienes que dar como profesional del Derecho es: «Bueno, depende cuál es el competente, depende. Vamos a ver ante cuál tribunal lo interpone y entonces veremos si ese dice que es competente o no». Entonces se preguntarán: «Pero de verdad que este que me lo recomendaron, pero habrá que confirmar esa fuente, si esta persona realmente sabe, porque ni siquiera sabe cuál es el tribunal competente. Mucho menos de otros asuntos».

Con relación al tema de los intereses colectivos y difusos, efectivamente, no es que yo haya hecho un estudio de Derecho comparado mundial. Pero, en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos, al menos en la justicia administrativa, se enfoca tanto doctrinaria como legislativamente como un asunto de legitimación.

En todo caso, lo que se puede discutir es si ese tipo de legitimación amerita la tramitación por un proceso distinto o especial. Pero en modo alguno he visto que sea un criterio de determinación competencial, porque la competencia sigue siendo en este caso la competencia por la materia. Lo importante es la materia. Estoy demandando la nulidad de un acto administrativo que afecta una colectividad porque degrada el ambiente, pues el competente, el juez natural, que será competente para conocer de la legalidad de la actividad, o si es en materia laboral o en materia civil. Es decir, eso no es un asunto que afecta la competencia, sino un asunto de legitimación y eventualmente de determinar si el diseño procesal ordinario o común es el más adecuado al respecto.

Bueno, creo que más allá de esto, simplemente reiterar las gracias a la audiencia, reiterar las gracias por la invitación a la Fundación Estudios de Derecho Administrativo, al apoyo logístico a la Fundación Universitas y gracias al profesor Víctor HERNÁNDEZ-MENDIBLE por su moderación y que todos tengan buenas noches.

* * *

Resumen: Se comentan y analizan críticamente los criterios actuales de competencia judicial en el contencioso-administrativo contra las universidades, con especial referencia a las demandas de nulidad de actos administrativos. **Palabras clave:** Universidades, competencia judicial, demandas de nulidad, derecho educación, contencioso-administrativo. Recibido: 31-07-25. Aprobado: 19-08-25.

Current criteria of jurisdiction in contentious administrative against universities

Abstract: *The current criteria of jurisdiction in contentious administrative against universities are commented and critically analyzed, with special reference to claims for annulment of administrative acts. **Keywords:** Universities, jurisdiction, nullity claims, right to education, contentious administrative.*

Palabras con ocasión de la presentación de los libros de la profesora María Luisa Tosta

Edison Lucio VARELA CÁCERES*

RVLJ, ISSN 2343-5925, ISSN-e 2791-3317, N.º 23, 2025, pp. 323-325.

Con júbilo celebro la oportunidad de participar con unas breves palabras en este acto que se realiza en la Universidad Central de Venezuela para difundir las últimas obras escritas por la profesora TOSTA.

La verdad es que nuestra participación únicamente responde a la generosidad de la Dra. TOSTA, quien se acercó con la finalidad de que la apoyáramos en la edición de las obras: *El conocimiento con referencia a los judíos y los arios* y *La libertad en la neurociencia y la filosofía*.

Es necesario mencionar que nuestra participación fue muy modesta, pues los libros ya venían con un arte final bien depurado, así que solo nos correspondió apoyar en los aspectos administrativos y de impresión.

Lo dicho nos permite añadir unas ideas: primero, que cuando se está al frente de una autora consagrada, la labor editorial se simplifica y ello ha quedado en evidencia en este caso, ya que los libros han salido de las manos de la autora casi listos para la imprenta. Segundo, que ratificamos el compromiso que en un lejano 2012 suscribimos el destacado editor venezolano Dr. Fernando PARRA ARANGUREN y la siempre recordada Dra. María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN de crear un espacio de difusión de las ciencias libre de sectarismo y mezquindades.

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Metropolitana. Director de la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Palabras pronunciadas en el evento: «Presentación de los libros de la profesora María Luisa Tosta», celebrado el 12 de mayo de 2025, auspiciado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

Así, en la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* se le ha dado espacio a los jóvenes aprendices como a los consagrados maestros y en la Editorial RVLJ ha ocurrido lo propio, pudiendo darnos el gusto en este último año de participar en importantes proyectos editoriales como lo serían:

La segunda edición revisada y ampliada del famoso *Manual de Derecho Civil I Personas* de la profesora DOMÍNGUEZ GUILLÉN (2024) en coedición con nuestros amigos de Ediciones Paredes.

Así como edición de la tesis doctoral del profesor Oscar RIQUEZES CONTRERAS, titulada: *Las costas marinas ¿son apropiables por el Estado?*, y la tesis escrita por quien suscribe para optar a la *superlaurea* titulada: *La capacidad de ejercicio en las personas con discapacidad en el Derecho venezolano*.

Y más recientemente en el libro de la profesora Liliana VAUDO de la Universidad Metropolitana (Caracas-Venezuela) *Debida diligencia, estándares y cultura de compliance*, una excelente monografía que se incorpora a la doctrina nacional en esta área emergente.

Concluyó con la esperanza de que esta pequeña muestra del talento nacional, en conjunto con la iniciativa privada y fruto del profundo amor por las ciencias, brinde aliento a aquellos que tienen sus obras guardadas en escritorios en espera de apoyo editorial para que así se animen a buscar entre las diversas editoriales, principalmente privadas, y puedan ver la luz para el gozo de los lectores.

Lo anterior es esencial en la actual coyuntura, donde el Estado de Derecho es inexistente, donde se reclama su pronta recuperación, la cual debe iniciar desde el pensamiento crítico. Cierro recordando al siempre adelantado a su tiempo don Andrés BELLO:

El adelantamiento prodigioso de todas las ciencias y las artes, la difusión de la cultura intelectual, piden cada día nuevos signos para expresar ideas nuevas...

Estarán en el escondrijo esas ideas esperando un clima más propicio para su discusión, no lo sabemos... lo que sí podemos decir a viva voz hoy es: Enhorabuena, Dra. TOSTA por este hermoso legado que nos obsequia y estar siempre en la vanguardia... Gracias...