

# **COMPRA-VENTA DE DIVISAS EN VENEZUELA. ASPECTOS HISTÓRICOS Y ESTRUCTURALES**

**PROF. HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE\***

---

\* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de Derecho Administrativo UCAB.

He sido invitado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas “Dr. José Ángel Castillo Moreno” del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, como ponente, en estas XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo intituladas: “Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: vigencia, reforma e innovación”. Antes de entrar en el desarrollo del tema propuesto queremos agradecer la gentileza que ha tenido para con nosotros el joven profesor Dr. Ramsis Ghazzaoui, Coordinador Académico de estas jornadas, que estamos seguros serán exitosas y cumplirán a cabalidad” con la importante misión de someter al debate de la comunidad jurídica del estado Carabobo, temas trascendentales para cualquier abogado.

Dicho esto, pasemos al desarrollo de tema propuesto y que hemos denominado “*La compra-venta de divisas en Venezuela, aspectos históricos y estructurales*”. Con la finalidad de cumplir a cabalidad con el tema haremos primero un pequeño recorrido histórico por el desarrollo del Estado Social de Derecho, y del régimen cambiario en Venezuela con la finalidad de resaltar el origen del régimen cambiario actual, para luego analizar las distintas limitaciones que en Venezuela se han impuesto a la libre convertibilidad de la moneda local (bolívares) en divisas, y cómo estos controles, administrativos e incluso penales, han distorsionado la economía de un país que importa gran parte de los bienes y servicios que su población consume.

## **I. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA**

### **1. Algunas consideraciones sobre el modelo económico previsto en la Constitución de 1999**

La intervención del Estado en la economía es consecuencia directa de la crisis del Estado Liberal que surgió luego de las revoluciones americanas y francesa. En efecto, ambas revoluciones pueden calificarse

de burguesas, ya fueron fomentadas por quienes detentaban el poder económico en el siglo XVIII, que no obstante ello, eran obligados por el monarca a pagar cuantiosos impuestos y contribuciones patrimoniales para mantener a las casas reales europeas.

El Estado que surgió de esas revoluciones es el denominado Estado Liberal Burgués que surgió de la lucha de los sectores económicos de la sociedad contra el régimen absolutista, que los autores denominan el antiguo régimen. Como consecuencia de lo anterior, en la mayoría de los países europeos se le impusieron límites al Poder absoluto del monarca, pasando de monarquías absolutas a monarquías parlamentarias, en donde se ha dicho que el “Rey reina pero no gobierna”. Por otra parte, en Francia y en Estados Unidos de América, se dio un paso más en el desarrollo del Estado Moderno al establecerse por primera vez en el mundo un sistema Republicano de gobierno.

En conclusión podemos decir de manera apretada que las notas características de este sistema liberal son: *“la separación de los poderes, el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos (libertad, igualdad, etc) y la primacía de la Ley sobre los ciudadanos y el Estado”*<sup>1</sup>.

Este sistema, permitió dar paso a un proceso de transformaciones económicas, sociales y tecnológicas que se conocería universalmente como la *revolución industrial*, que se extendió desde mediados del siglo XVIII hasta finales del siglo XIX, cuando las desigualdades sociales, la exclusión de los más pobres y de todo aquel que no tuviera fuerza para trabajar, desembocaron en un conjunto de protestas a principios del siglo XX que exigían mejores condiciones de vida para los ciudadanos<sup>2</sup>.

Lo cierto es que, a partir de esa crisis del Estado Liberal, se *“provocó una evolución más radical que la transformación política: ella produjo un crecimiento considerable en las tareas públicas”*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> José Pena Solís, *Manual de Derecho Administrativo, Volumen Primero*, Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009. p. 93

<sup>2</sup> Para ilustrar estas extremas condiciones de vida que engendraba la sociedad del siglo XVII baste con recordar al célebre demógrafo inglés Tomas Malthus, quien en su obra “Ensayo sobre el principio de la población” de 1798, señalaba que el hombre que nace en un mundo ya ocupado, si sus padres no pueden alimentarlo y la sociedad no necesita de su trabajo, no tiene ningún derecho a reclamar ni la más pequeña porción de alimento de hecho, ese hombre sobra.

<sup>3</sup> Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Caracas, 1984, p. 26

Tal posición, generalmente se identificó con la del Estado Social de Derecho, la cual está *“inspirada en la justicia social y, por tanto, en una más justa distribución de los bienes económicos y culturales, lo cual no deja de estar en una cierta correspondencia histórica con el sistema neocapitalista que, como es sabido, necesita del aumento del poder adquisitivo de las masas”*<sup>4</sup>.

En conclusión, el Estado Social de Derecho significó el paso del mercado auto-regulado al control social de la economía por parte del Estado, quien pasó a ser actor económico y garante de protección social generalizada.

Este desarrollo que de manera apretada se expone, produjo como consecuencia la inclusión de normas jurídicas referidas a la regulación económica y social en las Constituciones, desplazó la actividad económica y la cuestión social del ámbito del derecho privado al campo del interés público. Este constitucionalismo está recogido en las Constituciones de Querétaro (1917) y Weimar (1933), tutelando las relaciones económicas para evitar abusos, a través de derechos sociales, regulación de las actividades privadas y promoción de la participación ciudadana.

Todo este desarrollo se ha plasmado desde un punto de vista constitucional en lo que se ha denominado la “Constitución Económica”, es decir, el conjunto de normas jurídicas previstas en la carta fundamental de un determinado país y que orientan la posición que el Estado, no solo el Poder Ejecutivo, debe seguir en materia económica.

En efecto, sobre este tema vale la pena recordar lo señalado por la extinta Sala Plena de la otrora Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de fecha 15 de diciembre de 1998, caso Pedro Antonio Pérez Alzurutt, en donde señaló:

“la constitución económica entendida como el conjunto de normas constitucionales destinada a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, no está destinada –salvo el caso de las constituciones socialistas del modelo soviético- a garantizar la existencia de un determinado

---

<sup>4</sup> Manuel García-Pelayo, “En un Estado Social la Constitución es solo parte del sistema político” en *Obras Completas*, Tomo III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. p. 3267

orden económico, sino que actúan como garantes de la económica social de mercado, inspiradas en principios básicos de justicia social y con una base neutral que deja abiertas ciertas posibilidades al legislador, del cual solo se pretende que observe los límites constitucionales”

Ahora bien, la vigente constitución de Venezuela establece normas precisas que deben orientar la política económica del Estado y que conforman ese bloque constitucional que garantiza la libre iniciativa privada, por un lado, y las formas de intervención del Estado para garantizar los derechos sociales de la población y evitar distorsiones que perjudiquen a los más pobres, por otro. Ejemplo de lo que venimos comentando es la cláusula de Estado Social (artículo 2), derecho a la libertad económica (artículo 112), derecho a la propiedad (artículo 115) derecho a libre competencia (artículo 117), régimen de economía mixta (artículo 299), entre otras.

De todo lo antes expuesto, podemos concluir que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 está influida por las corrientes de pensamiento que postulan una economía social de mercado, donde el principal agente económico debería ser el particular con su libre iniciativa, y la acción del Estado esté limitada a aquellas áreas sensibles de la economía que requieran de estímulos y controles para garantizar el desarrollo integral de la nación, siendo la intervención directa del Estado en la economía limitada o restringida a aquellos campos o sectores donde sería imposible intervenir a los particulares (principio de subsidiariedad), o en aquellas actividades expresamente reservadas al Estado por norma constitucional o legal, tal como es el caso de la actividad de hidrocarburos (artículo 302).

## **II. EL CONTROL CAMBIARIO. UN MECANISMO DE CONTROL INDIRECTO DE LA ECONOMÍA.**

Tal como señalamos al inicio de este trabajo, Venezuela ha sido mundialmente calificada como un país mono productor, cuya economía depende en gran medida de la comercialización y venta del petróleo venezolano; esta situación ha generado que históricamente en Venezuela

haya resultado más barato importar productos de otros países para satisfacer las necesidades de la población que producirlos acá, con todas las consecuencias negativas que ello ha generado.

Este marco introductorio nos permite apreciar que una economía con altos índices de importación, como la economía venezolana, requiere un importante flujo de divisas para el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas con los proveedores de dichos bienes y servicios, por lo tanto, en nuestro criterio, el establecimiento de un régimen de control de cambio, como el que se ha aplicado en Venezuela, desde hace ya casi quince años es una de las formas más intensas de intervención en la economía, más aún si tomamos en cuenta el establecimiento de sanciones administrativas y penales para quienes pretendan adquirir divisas a través de mecanismos distintos a los dispuestos en los instrumentos normativos que regulan el sistema cambiario.

### **1. El control cambiario en la década de los ochenta. Un antecedente importante**

En efecto, el Estado venezolano ha acudido a esta técnica de intervención en la economía en distintas etapas de la historia venezolana. El antecedente más inmediato al actual control cambiario fue el que se implementó mediante Decreto número 2.484, del 19 de octubre de 1988.

Durante la vigencia de este régimen cambiario en el país, aquellos comerciantes que querían obtener divisas a un tipo de cambio preferencial debían tramitar y obtener una serie de permisos y documentos administrativos denominados “conformidad de importación”, y “Autorización para la Obtención de Divisas”, que eran otorgados por el extinto Ministerio de Hacienda y el “Certificado de Disponibilidad de Divisas”, otorgado por el Banco Central de Venezuela.

Este régimen cambiario fue derogado expresamente mediante Decreto N.º 76 del 12 de marzo de 1989 publicado en Gaceta Oficial N.º 34.177, del 13 de marzo de 1989. Algunas de las disposiciones del referido Decreto fueron impugnadas ante la Sala Político-Administrativa de la ex tinta Corte Suprema de Justicia, por el **CONSEJO VENEZOLANO DE LA INDUSTRIA (CONINDUSTRIA)**, quien consideraba que el mismo era contrario a la garantía constitucional de la irretroactividad

de los actos normativos, caso que fuera declarado Sin Lugar mediante sentencia de fecha cinco (05) de marzo de 1990, por considerar el mencionado alto tribunal que el Decreto en sí mismo no era retroactivo.

De esta manera se le puso fin, por vía judicial, al régimen de control cambiario que imperó en Venezuela durante los años ochenta, y cuya última operación, la compra por parte de Ministerio de la Defensa, con cargo a la denominada partida secreta, de diecisiete millones de dólares, quedará para la historia, por haber determinado, años más tarde, la ilegal destitución del presidente Carlos Andrés Pérez, quien paradójicamente mediante el Decreto N.º 76 del 12 de marzo de 1989, había ordenado la extinción del referido control cambiario.

## 2. Los orígenes del control cambiario vigente

Posteriormente, luego de la liberación cambiaria de 1989, este tipo de controles, que regulan la libre convertibilidad de la moneda, no se implementaron nuevamente hasta el año 1995, cuando se dictó la Ley sobre el Régimen Cambiario, de la cual varios de sus artículos (2, 6, 26 y 27)<sup>5</sup> fueron declarados inconstitucionales por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2001, por considerar dicha Sala que las normas mencionadas contenían “normas en blanco” que permitían al Poder Ejecutivo Nacional crear regímenes cambiarios mediante “reglamentos delegados”, y la determinación de los elementos sustantivos del tipo penal establecido de forma genérica en la mencionada ley, lo cual en criterio de dicha Sala violaba el principio de jerarquía de las fuentes del derecho, y, en con-

<sup>5</sup> “Artículo 2. El Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá establecer restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda, cuando su necesidad y urgencia surja de la realidad económica y financiera del país. El Ejecutivo Nacional podrá crear o designar un organismo con el fin de coordinar la aplicación de esas restricciones o controles y los convenios cambiarios correspondientes”.

“Artículo 6. Quien exporte moneda metálica o cualquier otro medio de pago o instrumentos de giro o crédito cifrados en moneda extranjera, o negocie, comercie, venda o compre divisas en contravención a las normas del sistema de Régimen Cambiario decretado de conformidad con el artículo 2º de esta Ley, será sancionado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de uno (1) a tres (3) veces el equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria”.

secuencia el principio de legalidad. Es importante señalar que la Sala Constitucional ordenó la publicación de dicha sentencia en la Gaceta Oficial, por considerarla vinculante.

No obstante lo anterior, el Presidente de la República, en franca violación a lo ordenado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia comentada, mediante Decreto número 2.278, de fecha 21 de enero de 2003, facultó al Ministerio de Finanzas para que estableciera conjuntamente con el Banco Central de Venezuela, las normas de carácter temporal que establecerían las limitaciones a la convertibilidad del bolívar (artículo 1). En ejecución del mencionado Decreto dichos órganos ordenaron la supresión absoluta del sistema cambiario por diez días hábiles bancarios (Gaceta Oficial número 37.614 del 21 de enero de 2003)<sup>6</sup>.

Terminados los diez días mencionados, entró en vigencia el régimen cambiario establecido en el Convenio Cambiario número 1 dictado por el Banco Central de Venezuela y el Ministerio de Finanzas, según el cual el Banco Central de Venezuela **centralizaría** la compra y venta de divisas. La principal consecuencia de este Decreto, fue la imposibilidad de adquirir divisas en transacciones entre particulares ya que sólo el Banco Central podía comprar y vender divisas.

En efecto, en dicho año se creó la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI)<sup>7</sup>, órgano creado a través del Decreto N° 2.301 de fecha 5 de febrero de 2003 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.625 de la misma fecha), para conocer, decidir y ejecutar las atribuciones y actos que resulten del Convenio Cambiario N° 1, de fecha 5 de febrero de 2003 suscrito entre el Banco Central de Venezuela y el entonces Ministerio de Finanzas, en el que se establece el régimen de administración de divisas a ser implementado en el país como consecuencia de la política cambiaria acordada entre la referida Institución Financiera y el Ejecutivo Nacional, bajo los lineamientos

---

<sup>6</sup> La aplicación mediante actos de rango sub legal del régimen de control de cambio en Venezuela fue avalado con posterioridad por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia de fecha 17 de agosto de 2004, caso: *Henry Pereira Gorrin*, mediante la cual de manera sorpresiva modificó el criterio sostenido en la comentada sentencia de fecha 21 de noviembre de 2001.

<sup>7</sup> Ahora denominado Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX)

generales que este último apruebe para la distribución del monto de divisas a ser destinado al mercado cambiario.

Hasta este momento el régimen jurídico fue establecido principalmente mediante actos de rango sub legal. Luego, a partir del año 2005, la regulación estuvo contenida principalmente en actos de rango legal, lo cual pasamos a analizar de seguidas:

### **3. Ley contra los Ilícitos Cambiarios (2005)<sup>8</sup>**

A través de esta Ley se establecieron una serie de ilícitos cambiarios, así como sus respectivas sanciones. Al igual que sucedió con su predecesora, durante esta época fue el Banco Central de Venezuela, a través de operadores cambiarios autorizados, quien centralizó la compra y venta de divisas.

En ese sentido, a partir de la entrada en vigencia de la Ley, la compraventa de divisas realizada a cualquier otra persona distinta al Banco Central era contraria a la Ley y por ello se sancionaba con multa del equivalente en bolívares al doble de la venta.

De la misma manera, en una o sucesivas operaciones dentro de un año, por un monto de diez mil un dólares (US\$ 10.001) hasta un monto de veinte mil dólares (US\$ 20.000) sería sancionado con multa del equivalente al doble en bolívares de la transacción o transacciones realizadas. Por otra parte, si la transacción era por un monto superior a veinte mil un dólares (US\$ 20.001), la sanción sería pena de prisión de dos a seis años y multa del equivalente al doble en bolívares de la venta realizada.

En todo caso, la Ley dejó abierta la posibilidad de que el Banco Central de Venezuela exigiera el reintegro de las divisas cuando el ordenamiento jurídico lo autorizara a exigirlo.

Asimismo, debe señalarse que la norma estableció como excepción la aplicación de las sanciones señaladas cuando las operaciones fuesen realizadas con títulos valores. En efecto, el artículo 6 de esta ley señalaba expresamente lo siguiente

---

<sup>8</sup> Ley contra los Ilícitos Cambiarios. Publicada en la Gaceta Oficial número 38.272 de fecha 14 de septiembre de 2005

*“Artículo 6 Quien en contravención a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Ley, los convenios suscritos por la República, o cualquier otra norma que regule el régimen de administración cambiaria vigente a la fecha de la comisión del ilícito, en una o varias operaciones, ocurridas en un mismo año calendario, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera, reciba, exporte o importe divisas entre diez mil un dólar (US\$ 10.001,00) hasta veinte mil dólares (US\$ 20.000,00), de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras divisas, será sancionado con multa equivalente en bolívares al doble del excedente de la operación. Quien cometa el mismo delito descrito anteriormente a partir de veinte mil un dólar (US\$ 20.001,00) inclusive, de los Estados Unidos de América, o su equivalente en otras divisas, será penado con prisión de dos a seis años y multa equivalente en bolívares al doble del excedente de la operación. En todos los casos sin menoscabo de la obligación de reintegro o venta de las divisas que pudiera exigir el Banco Central de Venezuela, Según el ordenamiento jurídico aplicable. **Se exceptúan las operaciones en títulos valores”.***

Así, la norma citada declaraba lícitas y en consecuencia excluidas de las sanciones previstas en dicho artículo, las operaciones realizadas en títulos valores, razón por la cual era, durante la vigencia de este texto normativo, perfectamente legal la compra y venta de papeles denominados en moneda extranjera, lo cual fue conocido, a partir de allí, como el denominado “mercado permuta de divisas”.

#### **4. Ley contra los Ilícitos Cambiarios (2007)<sup>9</sup>:**

Esta norma mantuvo lo establecido en las normas que la precedieron, por lo que era competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela la compra y venta de divisas en el país.

De esa manera, se sancionaba con multa del equivalente al doble en bolívares de la operación la compra y venta de divisas en la cual una de las partes fuera el BCV cuando las operaciones fueran por un monto de hasta veinte mil dólares (US\$ 20.000), y cuando el monto fuera

<sup>9</sup> Ley contra los Ilícitos Cambiarios. Publicada en la Gaceta Oficial número 5.867 Extraordinaria de fecha 28 de diciembre de 2007 y Publicada por reimpresión por error material en la Gaceta Oficial número 38.879 de fecha 27 de febrero de 2008

superior a veinte mil dólares (US\$ 20.000) la sanción sería pena de prisión de dos a seis años y multa del equivalente al doble en bolívares de la venta, sin perjuicio de la obligación de reintegro de las divisas al BCV, si correspondía, de acuerdo a las normas pertinentes.

Al igual que en la norma derogada, se excluía de las sanciones establecidas las compras y ventas de títulos valores valorados en moneda extranjera. En efecto, el artículo 9 de este texto legal señalaba que:

*“Artículo 9. Es competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela, a través de los operadores cambiarios autorizados, la venta y compra de divisas por cualquier monto. Quien contravenga esta normativa está cometiendo un ilícito cambiario y será sancionado con multa del doble del monto de la operación o su equivalente en bolívares.*

*Quien en una o varias operaciones en un mismo año calendario, sin intervención del Banco Central de Venezuela, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera o reciba divisas entre un monto de diez mil dólares (US\$ 10.000,00) hasta veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.000,00) o su equivalente en otra divisa, será sancionado con multa del doble del monto de la operación o su equivalente en bolívares.*

*Cuando en el caso señalado anteriormente, el monto de la operación sea superior a los veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.000,00) o su equivalente en otra divisa, la pena será de prisión de dos a seis años y multa equivalente en bolívares al doble del monto de la operación.*

*Sin perjuicio de la obligación de reintegro o venta de las divisas ante el Banco Central de Venezuela, según el ordenamiento jurídico aplicable.*

***Se exceptúan las operaciones en títulos valores”.***

Así, la norma citada, reiterando lo dispuesto en el artículo 6 de la ley del 2005, declaraba lícitas y en consecuencia excluidas de las sanciones previstas en dicho artículo las operaciones realizadas en títulos valores, razón por la cual era, durante la vigencia de este texto normativo, perfectamente legal la compra y venta de papeles denominados en moneda extranjera, lo cual fue conocido, como ya apuntamos, como el denominado “mercado permuta de divisas”.

## **5. Ley de Reforma Parcial de la Ley de Ilícitos Cambiarios (2010)<sup>10</sup>:**

En esta ley se introdujo una modificación al artículo donde se establecían las sanciones a la compra venta de divisas, agregando como supuesto de hecho la venta de títulos valores denominados en moneda extranjera, cuando la operación se realizaba para vender el título antes de la fecha de su vencimiento y obtener de esa forma moneda extranjera (artículo 9).

Como consecuencia de ello, para que una compraventa de divisas propiamente o de títulos valores denominados en moneda extranjera pudiera ser tomada como lícita, y en consecuencia no fueran aplicables las sanciones establecidas en la Ley, era necesario que una de las partes del contrato fuera el Banco Central de Venezuela.

De esa forma, todas las operaciones de compraventa de divisas realizadas entre personas distintas al BCV, ya fuere realizada en moneda metálica, billetes, cheques e incluso aquellas realizadas a través de títulos valores, cuando se realizaren por un monto inferior a veinte mil dólares (US\$ 20.000) sería sancionadas con multa del doble de la operación o su equivalente en bolívares, y si dichas operaciones eran por un monto superior a veinte mil dólares (US\$ 20.000), la sanción era de prisión de dos a seis años y multa del equivalente al doble en bolívares de la operación, sin perjuicio de la obligación de reintegro de las divisas al BCV, si correspondía de acuerdo a las normas correspondientes (ex artículo 9).

## **6. Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos (2014)<sup>11</sup>:**

Mediante esta Ley se modificó de forma importante la regulación que se tenía para la compraventa de divisas en el país. Especialmente, en cuanto a la centralización de las operaciones de compra y venta de divisas que había monopolizado el Banco Central de Venezuela, y que luego se endureció en el 2010, haciéndolo extensivo incluso a las operaciones en papeles denominados en moneda extranjera.

<sup>10</sup> Ley de Reforma Parcial de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios. Publicada en la Gaceta Oficial número 5.975 Extraordinario de fecha 17 de mayo de 2010.

<sup>11</sup> Decreto con rango, fuerza y valor de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos. Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.126 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2014.

En efecto, la nueva ley en su artículo 2, reconoce la existencia de un mercado cambiario al definirlo de la siguiente manera:

*“Mercado cambiario: Refiere al conjunto de espacios o mecanismos dispuestos por las autoridades competentes, donde concurren de forma ordenada oferentes y compradores de divisas al tipo de cambio aplicable en función de la regulación del mismo”.*

Esta norma ha desencadenado una serie de debates en torno a la legalidad de las operaciones cambiarias que se realizan entre privados ¿son lícitas sólo las operaciones cambiarias que se realizan mediante los mecanismos dispuestos por las autoridades competentes? O ¿hay lugar a interpretar que la norma reconoce la existencia de un mercado cambiario, incluso distinto al previsto por las autoridades competentes? Ya la doctrina comienza a desarrollar el tema al señalar:

*“Una primera lectura de esa definición podría dar a entender que la operación cambiaria solamente puede llevarse a cabo por medio de los mercados cambiarios admitidos por el Estado y, por ello, regulados por la Administración. Bajo esa interpretación, habría una prohibición general de realizar operaciones cambiarias, salvo las excepciones admitidas en la nueva Ley*

*Esta es una de las dudas fundamentales de la LRCI, especialmente, en cuanto a la admisión de la operación cambiaria entre privados. Dos posibles interpretaciones pueden hacerse. Una interpretación, rígida, postula que sólo podrá realizarse la operación cambiaria a través de los mercados reconocidos expresamente por la Administración, lo cual implicaría, como se dijo, una prohibición previa a realizar operaciones salvo las excepciones reguladas por la Administración. Si se acoge esta interpretación, entonces, las operaciones entre privados solo serían lícitas si se llevan a cabo por medio de los mercados regulados (por ejemplo el SICAD II).*

*Otra interpretación es considerar que el concepto de mercado cambiario no contiene una prohibición previa, y que por ello, la Ley reconoce cualquier mercado, o sea, cualquier modalidad de operación cambiaria, sin mas limitaciones que las establecidas en la nueva Ley.*

*Creemos que la interpretación rígida debe desecharse, pues ignora que, de acuerdo con la Constitución, toda limitación a la libertad*

*contractual es de texto legal expreso y de interpretación restrictiva, en tanto con ello se restringen los derechos de libertad, de empresa y propiedad privada. Bajo esta perspectiva, cabe observar que no hay, en la nueva Ley, una prohibición general de realizar operaciones cambiarias, en tanto el objeto de la nueva Ley es **regular** esas operaciones a través de normas sub-legales, no **prohibirlas**”<sup>12</sup>.*

En efecto, estas son las posturas que pueden sostenerse como consecuencia de la interpretación que del artículo 2 de la nueva Ley se haga. En primer lugar, la nueva Ley eliminó las sanciones establecidas para las compras o ventas que no fueran realizadas con el Banco Central de Venezuela, y por el contrario se estableció que las personas que pretendieran adquirir moneda extranjera, podrían realizarlo en transacciones con personas naturales o jurídicas del sector privado, así como también de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) o continuar adquiriéndolas al Banco Central de Venezuela. Sin embargo, dichas transacciones solo pueden ser realizadas a través de operadores autorizados, tal como lo señalan los artículos 9 y 10, que textualmente señalan:

*“Artículo 9º—Operaciones de cambio. Sin perjuicio del acceso a los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas a los que se refiere el artículo 6 del presente Decreto Ley, las personas naturales o jurídicas demandantes de divisas, podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera ofertadas por:*

*Personas naturales y jurídicas del sector privado,  
Petróleos de Venezuela, S.A., y,  
Banco Central de Venezuela.*

*Dichas transacciones se realizarán en los términos dispuestos en los Convenios Cambiarios que se dicten al efecto entre el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional, así como, conforme a las regulaciones que en su desarrollo establezcan los términos, requisitos y condiciones que rigen la participación en dicho mercado, y la normativa prudencial que dicte la Superintendencia competente en materia bancaria y la de valores a tales fines.*

<sup>12</sup> José Ignacio Hernández, *Comentarios a la nueva Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, en el contexto de la nueva Ley Orgánica de Precios Justos*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2014. pp. 38 y 39.

*La participación como oferente por parte de entes públicos distintos a Petróleos de Venezuela, S.A., y el Banco Central de Venezuela, requerirá la previa autorización del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de finanzas”.*

**“Artículo 10. —Operadores autorizados.** *Podrán participar como operadores cambiarios autorizados a los efectos de las operaciones a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto Ley, los bancos universales regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario y demás leyes especiales, los operadores de valores autorizados regulados por la Ley de Mercado de Valores, así como los demás sujetos que realicen actividades afines a las transacciones respectivas, debidamente autorizados mediante el Convenio Cambiario correspondiente”.*

En efecto, de la mencionada norma se puede concluir que las personas naturales o jurídicas podrán adquirir bien por los mecanismos que a tal efecto establezca el Ejecutivo Nacional (para divisas a cambio preferencial), o bien de personas jurídica del sector privado. Sin embargo, en nuestro criterio, el análisis de las mencionadas normas no debe hacerse de manera aislada sino en conjunto con el resto de las disposiciones de la ley; y a tal efecto, es importante tener en consideración que el artículo 10, previamente citado, establece que los operadores cambiarios autorizados para la realización de las operaciones descritas en el artículo 9, los bancos universales, los operadores de valores autorizados, y los demás sujetos que realicen actividades afines a las transacciones respectivas, deben estar, según ese artículo 10, debidamente autorizados mediante el Convenio Cambiario correspondiente.

De lo antes dicho se puede concluir que, si bien están permitidas las operaciones de compra y venta de divisas entre particulares, lo cual es un incuestionable avance en comparación con la regulación anterior, no es menos cierto que esta actividad sigue estando fuertemente regulada por el Estado, en virtud de lo cual estas operaciones sólo serían lícitas en la medida en la que se respeten los cánones antes descritos, ya que de lo contrario podría ser aplicable el contenido del artículo 18 de la Ley, cuyo texto, es el siguiente:

*“Artículo 18. —Obtención de divisas violando las normas. Quienes hubiesen obtenido divisas mediante la violación de las normas rectoras de los procedimientos dispuestos por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas, serán sancionados con penas de prisión de dos a cinco años y el reintegro de las mismas al Banco Central de Venezuela”.*

En efecto, del artículo citado se observa que quienes adquieren divisas violando las normas dispuestas por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas, serán sancionados con penas de prisión de dos a cinco años. Ahora bien, en virtud de lo anterior es posible concluir, que quienes adquieran dólares en transacciones privadas de particular a particular, sin la debida intermediación de los sujetos autorizados en el artículo 10 eiusdem, podrían ser sancionados penalmente en los términos del artículo 18.

Con respecto a esta norma es importante señalar que la misma establece un tipo penal genérico al señalar que incurren en el supuesto de hecho regulado en ella quienes adquieran divisas mediante la violación de las normas rectoras de los procedimientos para la adquisición de divisas. En cuanto a este tema se debe recordar que el grueso de la normativa cambiaria ha venido estableciéndose mediante Convenios Cambiarios, actos de rango sub legal, suscritos entre el Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela, lo cual nos presenta la siguiente interrogante ¿será punible penalmente la violación a normas dispuestas mediante actos de rango sub legal?

En este sentido pareciera que estamos frente a un supuesto penal manifiestamente inconstitucional, por ambiguo y por contener “normas penales en blanco”, que para determinar su aplicación hacen necesario descender al análisis de actos de rango sub legal, lo cual resulta contrario al principio de la legalidad sancionatoria, aplicable tanto al derecho administrativo sancionatorio como al derecho penal, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que mediante sentencia de 08 de diciembre de 2011, recaída en el caso: **EDUAR ENRIQUE MORENO BLANCO**, señaló sobre los principios de legalidad y tipicidad en derecho penal, lo siguiente:

*“La tipicidad constituye una garantía jurídico-política y social de la propia libertad y seguridad individual, en el entendido que la ley debe definir previamente y de manera precisa, el acto, hecho u omisión que constituye el delito. **Entendiéndose que no es factible dejar al arbitrio de quien deba aplicar la ley como autoridad judicial, la calificación discrecional de aquellos que pudieren ser o no punibles y por ende ser objeto o no de castigo.** Esto es lo que se conoce doctrinariamente como el principio de legalidad, que no es mas que la prohibición que pesa sobre el juzgador de enjuiciar como ilícitos, aquellos comportamientos que no se adecúen al tipo legal, aun cuando los mismos parezcan manifiestamente injustos o contrarios a las buenas costumbres o a la moral.*

*De manera que, el principio de legalidad (nullum crimen) y la tipicidad, se encuentran estrechamente vinculados, el primero implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la **tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.***

*En el ámbito de nuestro Derecho positivo, el principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 1 del Código Penal.*

*Así, en el primero se establece que, “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”; y, en el segundo se señala que: “Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente (...).”*

*Con respecto al principio de legalidad, ROXIN expresa que, “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’. (...) Frente a esto, el principio de legalidad, (...) sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.”*

*(ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Editorial Civitas. Madrid, 1997, p. 137).*

*De tal forma que, no solo corresponde al Estado ejercer su función punitiva, sino que, además, debe velar porque ese ejercicio, no se torne arbitrario y desproporcional, y, es justamente, a través del principio de legalidad que el mismo Estado regulará su ejercicio, evitando calificar como punibles conductas que no lo son e imponiendo sanciones que no son aplicables a la naturaleza de las acciones erróneamente consideradas como delictivas”.*

De esta manera se puede apreciar cómo, en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el principio de legalidad y la tipicidad, se encuentran estrechamente vinculados, de manera que el primero implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, no en actos de rango sub legal, mientras que la tipicidad requiere la descripción “inequívoca” de tal conducta en el texto legal. Por argumento en contrario, de no estar presentes estos requisitos legalidad y tipicidad, podríamos afirmar que no estamos en presencia de una conducta legalmente definida como delito, y en consecuencia, no castigable penalmente. Adicionalmente, vale la pena señalar, que ya la propia Sala Constitucional, mediante la comentada sentencia del 21 de noviembre de 2001, había declarado inconstitucional los tipos penales contenidos en la Ley Sobre el Régimen Cambiario de 1995, cuya regulación era muy similar a la que se encuentra vigente.

## CONCLUSIONES

En Venezuela la Constitución de 1999, establece un conjunto de normas que orientan la actuación del Estado en el manejo de los asuntos económicos (Constitución Económica). El referido régimen, se fundamenta en la economía social de mercado y su equivalente jurídico, el Estado Social, que establece el artículo 2 de la carta fundamental, el cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 299 eiusdem, según el cual el Estado puede participar conjuntamente con los particulares en el desarrollo de las actividades económicas.

Por otra parte, la participación del Estado en la economía debe realizarse con respeto a los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, por lo cual su intervención directa en asuntos económicos deberá limitarse a aquellas actividades en las cuales sea extremadamente oneroso o imposible la participación de particulares (principio de subsidiariedad) y en aquellas actividades especialmente reservadas al Estado por norma constitucional o legal.

En virtud de lo anterior, la aplicación de un régimen de control cambiario en una economía principalmente importadora de los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades de la población, constituye una intervención indirecta, pero muy fuerte en la economía, sobre todo teniendo en consideración la imposición de sanciones administrativas y penales para quienes infrinjan los procedimientos dispuestos para tal fin.

El control cambiario impuesto en el País desde hace más de catorce años ha estado predominado por un fuerte principio centralizador según el cual sólo eran lícitas las operaciones de compra y venta de divisas, cuando estas fueran efectuadas con el Banco Central de Venezuela.

La nueva Ley del Régimen Cambiario y sus ilícitos flexibilizó la regulación cambiaria en el país al reconocer la existencia de un mercado cambiario donde los particulares ya no están obligados a comprar y vender divisas exclusivamente al Banco Central de Venezuela; sin embargo es posible interpretar, de acuerdo a las disposiciones de la propia ley, que esas operaciones entre privados sólo serán lícitas en tanto y en cuanto se hagan con intermediación de los operadores cambiarios autorizados y por medio de los mercados autorizados por las autoridades competentes.

El contenido del artículo 18 de la nueva ley podría estar viciado de inconstitucionalidad al establecer un tipo penal ambiguo e impreciso que para su cabal verificación en muchos casos será necesario descender al análisis de los Convenios Cambiarios (actos de rango sub legal), que contienen el grueso de la regulación cambiaria vigente, lo cual es contrario a los principios de legalidad y tipicidad que en materia penal debería ser de interpretación restrictiva, tomando en cuenta que lo que está en juego es el segundo bien jurídico más importante después de la vida, la libertad.

En base a lo antes expuesto, puede considerarse, en el contexto de esa tesis, que actualmente en Venezuela, no está penalizado para las personas naturales y jurídicas, el acceso a las divisas en el mercado no preferencial o no regulado.