



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

FUNDACIÓN
"JUAN GERMAN ROSCIO"
RIF: J-31361261-8
NIT. 04317058893

BOLETÍN

de la

Academia de Ciencias

Políticas y Sociales

ENERO-DICIEMBRE 2018 / N° 157

CARACAS / VENEZUELA

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Junta Directiva 2017-2018

Presidente:	<i>Gabriel Ruan Santos</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Humberto Romero-Muci</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Julio Rodríguez Berrizbeitia</i>
Secretario:	<i>Luciano Lupini Bianchi</i>
Tesorero:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Bibliotecario:	<i>Carlos Ayala Corao</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.	Gerardo Fernández (e)
José Guillermo Andueza	James-Otis Rodner
Aristides Rengel Romberg	Ramón Escovar León
José Muci-Abraham	Cecilia Sosa Gómez
Enrique Urdaneta Fontiveros	Román J. Duque Corredor
Alberto Arteaga Sánchez	José Antonio Muci Borjas
Jesús María Casal	Cesar A. Carballo Mena
Pedro Nikken	Juan C. Carmona Borjas
Allan Randolph Brewer-Carías	Salvador Yanuzzi (e)
Eugenio Hernández-Bretón	Alfredo Morles Hernández
Carlos Acedo Sucre	Enrique Lagrange (+)
Luis Cova Arria	Carlos Leáñez Sievert
Ramón Guillermo Avelado	Luis Guillermo Govea U., h
Hildegard Rondón de Sansó	Luis H. Farías Mata +
Henrique Iribarren Monteverde	Oscar Hernández Álvarez
Josefina Calcaño de Temeltas	Fortunato González Cruz
Guillermo Gorrín Falcón	Luis Napoleón Goizueta H.

Revista de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Nº 157 / enero - diciembre 2018

Caracas, Venezuela

Periodicidad anual

Hecho el depósito de Ley

Depósito Legal: pp193602DC482

ISSN: 0798-1457

1. Derecho-publicaciones periódicas

CONSEJO EDITORIAL

Alfredo Morles Hernández [Academia de Ciencias Políticas y Sociales]

Rafael Badell Madrid [Universidad Católica Andrés Bello]

Eugenio Hernández-Bretón [Universidad Monteávila]

Luciano Lupini Bianchi [Academia de Ciencias Políticas y Sociales]

El *BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES* se encuentra indizado en la base de datos del Catálogo LATINTEX (Folio Nº 15543)

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

© Copyright 2012

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,

Palacio de las Academias

Caracas 1121-A

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

Fax: (0212) 483 26 74

e-mail: academiadecienciaspoliticas@gmail.com

Página web: www.acienpol.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación: Oralia Hernández

Impreso en Venezuela

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

ÍNDICE

PRONUNCIAMIENTOS

Carta abierta de las Academias Nacionales al Presidente de la República Nicolás Maduro Moros, al Canciller Jorge Arreaza y a la Asamblea Nacional en la persona de su Presidente Omar Barboza sobre el anuncio oficial del Secretario General de la ONU de enviar la controversia con Guyana a la Corte Internacional de Justicia. 14 de febrero de 2018.....	3
Pronunciamiento de la Academia ante el “Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela” dictado por la Asamblea Nacional Constituyente. 15 de febrero de 2018.....	11
Las Academias Nacionales ante la convocatoria a elecciones para el 22 de abril de 2018. 20 de febrero de 2018.....	17
Pronunciamiento de la Academia Nacional de Ciencias Económicas a la Nación Venezolana. 21 de febrero de 2018.	23
Dictamen de la Academia sobre la necesaria independencia e imparcialidad del Consejo Nacional Electoral como garantía esencial para la realización de elecciones libres y democráticas. 3 de marzo de 2018.	29
Las Academias Nacionales a la opinión pública ante los anuncios en materia monetaria del Gobierno Nacional. 10 de abril de 2018.	57
Las Academias Nacionales se dirigen al Presidente de la República, al Ministro del Poder Popular de Economía y Finanzas y al Presidente del Banco Central de Venezuela ante los anuncios en materia monetaria del Gobierno Nacional. 16 de abril de 2018.....	63
Pronunciamiento de la Academia ante el “Decreto N° 44 en el Marco del Estado de Excepción y de Emergencia Económica mediante el cual se establece un régimen especial transitorio para la gestión operativa y administrativa de la Industria Petrolera Nacional”. 2 de mayo de 2018.	71

Pronunciamiento de la Academia en torno a las intervenciones bancarias y la estabilidad del sistema financiero. 4 de mayo de 2018.....	77
Las Academias Nacionales a la opinión pública, sobre presos de conciencia y torturas. 18 de junio de 2018.....	83
Declaración de la Academia por los veinte años de haberse abierto a la firma en la ciudad de Roma el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional “Estatuto de Roma”. 27 de junio de 2018.....	87
Pronunciamiento de las Academias Nacionales sobre las medidas económicas anunciadas el viernes 17 de agosto de 2018. 20 de agosto de 2018.	93
Pronunciamiento de las Academias Nacionales con ocasión de la muerte del Concejal Fernando Albán. 11 de octubre de 2018.	99
Carta a las instituciones y organizaciones democráticas de Venezuela. 24 de octubre de 2018.....	105
Las Academias Nacionales ante el desconocimiento oficial de los resultados de las elecciones estudiantiles en la Universidad de Carabobo. 06 de diciembre de 2018.....	111

EVENTOS

HOMENAJE AL DOCTOR ARÍSTIDES CALVANI CON OCASIÓN DEL CENTENARIO DE SU NACIMIENTO (1918-2018). 30 de enero de 2018.

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	119
Calvani, Jurista y Sociólogo. Dr. Román J. Duque Corredor, Individuo de Número de la Corporación	127
Calvani, Filósofo. Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia, Individuo de Número de la Corporación	137
Calvani, Diplomático. Abogado Oswaldo Páez-Pumar	153

**V JORNADAS DE ARBITRAJE
15 de noviembre de 2018**

Apertura del acto a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Primer Vice-Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales	171
Arbitraje y principio <i>iura novit curia</i> Dr. Pedro Rengel.....	175
La demanda de Guyana contra Venezuela ante la Corte Internacional de Justicia y la validez del Laudo Arbitral de 1899. Dra. Milagros Betancourt.....	193
La elección de los árbitros. Dr. Carlos Eduardo Acedo, Individuo de Número de la Corporación.....	211
Palabras de clausura a cargo del Dr. Álvaro Badell Madrid, Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).....	237

FOROS

**LLAMADO A ELECCIONES POR PARTE
DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.
15 de febrero de 2018.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.	247
Efectos del Decreto Constituyente que convoca a elecciones para la Presidencia de la República. Dra. Cecilia Sosa, Individuo de Número de la Corporación.	255
Elecciones en tiempos de dictadura (no es el título de una novela sino de las elecciones del Maduronato). Dr. Román J. Duque Corredor, Individuo de Número de la Corporación.....	267
Reflexiones sobre los ciclos políticos en la historia de Venezuela y la “apoptosis” de un régimen, que “tiene sus días contados”. Dr. Allan Brewer-Carías, Individuo de Número de la Corporación	279
Inconstitucionalidad del llamado a elecciones presidenciales por parte de la Asamblea Nacional Constituyente. Dr. Rafael Badell Madrid, Individuo de Número de la Corporación.....	301

**PRESENTE Y FUTURO
DE LA INDUSTRIA PETROLERA VENEZOLANA.
13 de marzo de 2018.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	333
Organismos y procedimientos en el campo de las demandas de las empresas inversionistas en materia de hidrocarburos. Dra. Hildegard Rondón de Sansó, Individuo de Número de la Corporación	341
PDVSA y el BCV, del oro negro a la Leyenda del Dorado. Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas, Individuo de Número de la Corporación (e).....	355
Presentación de la obra galardonada con el Premio de la Academia de Ciencias Políticas -Mención Profesionales 2014-2015: Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela - Actividad Petrolera y Finanzas Públicas en Venezuela. Autor: Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas, Individuo de Número de la Corporación (e).....	369
Palabras de presentación a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	371
Presentación de la obra a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	377

**RECUPERACIÓN DEMOCRÁTICA, ACUERDO SOCIAL Y TRANSICIÓN
CONSTITUCIONAL (LA EXPERIENCIA DE 1958).
3 de abril de 2018.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	389
La política en la transición venezolana de 1958. Dr. Ramón Guillermo Avelledo, Individuo de Número de la Corporación (e).....	395
Delimitación del campo de batalla: la concertación social de 1958. Dr. César Augusto Carballo Mena, Individuo de Número de la Corporación	419
La transición constitucional de 1958-1961. Dr. Jesús María Casal H., Individuo de Número de la Corporación	453

**SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 2016
(EL NUEVO DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS).
11 de mayo de 2018.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	489
Visión panorámica del proceso de reforma del Código Civil Francés de 2016. Principales innovaciones. Prof. Luciano Lupini Bianchi, Individuo de Número de la Corporación.....	497
Principales innovaciones en materia de vicios del consentimiento en la reforma del Código Civil Francés de 2016. Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros, Individuo de Número de la Corporación.....	515
Cláusulas abusivas y contrato de adhesión en la reforma del Código Civil Francés de los años 2016 y 2018. Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre, Individuo de Número de la Corporación.....	561
La reforma de 2016 del Código civil francés: la incorporación de la teoría de la imprevisión. Dr. Alfredo Morles Hernández, Individuo de Número de la Corporación.....	595
La causa y el contenido del contrato como su objeto en la reforma del Código Civil francés de 2016. Prof. Guillermo Gorrín Falcón, Individuo de Número de la Corporación (e).....	631

**REINSTITUCIONALIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL VENEZOLANO
ACCESO A LA JUSTICIA.
12 de junio de 2018.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	639
Estándares internacionales de un modelo de gobierno judicial, Dr. Román José Duque Corredor, Individuo de Número de la Corporación.....	685
Palabras de clausura a cargo de la Dra. Cecilia Sosa Gómez, Individuo de Número de la Corporación.....	693

**LA NUEVA CASACIÓN CIVIL A PARTIR DE LA SENTENCIA NÚMERO
362 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL 10 DE MAYO DE 2018.
27 de junio de 2018.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	701
La reforma de la casación vía jurisprudencial y no legislativa. Dr. Román J. Duque Corredor, Individuo de Número de la Corporación.....	701
El sistema probatorio y su control casacional. Prof. Salvador Yannuzzi, Individuo de Número de la Corporación (e).....	719
La eliminación del reenvío, la suposición falsa y el control en la interpretación de los contratos en la nueva casación. Dr. Ramón Escovar León, Individuo de Número de la Corporación.....	737
Palabras de clausura a cargo del Dr. Eugenio Hernández-Bretón, Individuo de Número de la Corporación.....	774

**MÚLTIPLES CARAS DE LOS CRIPTOACTIVOS.
EL BITCOIN Y EL PETRO. VISIÓN TECNOLÓGICA, ECONÓMICA
Y JURÍDICA DE LAS CRIPTOMONEDAS CON ESPECIAL ÉNFASIS
EN LOS CASOS DEL BITCOIN Y EL PETRO
22 de noviembre de 2018.**

Apertura del acto a cargo del Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia, Segundo Vice-Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	783
Múltiples caras de los criptoactivos. Especial referencia al caso del petro. Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas, Individuo de Número de la Corporación	791

PRESENTACIONES DE LIBROS

**TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, XVI TOMOS
(EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA INTERNATIONAL).
AUTOR: ALLAN R. BREWER-CARÍAS.
22 de marzo de 2018.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	847
--	-----

Presentación de la obra a cargo del Dr. Rafael Badell Madrid, Individuo de Número de la Corporación.....	853
La obra de Allan R. Brewer-Carías en el derecho comparado. Texto del video a cargo del Dr. José Ignacio Hernández.....	875
Homenaje a Allan Brewer-Carías a cargo del Prof. José Antonio Muci Borjas, Individuo de Número de la Corporación	883
Oportunidad e importancia histórica de la publicación para la reflexión política y jurídica. Dr. Ramón Escovar León, Individuo de Número de la Corporación	889
Texto del video con las palabras del autor Dr. Allan R. Brewer-Carías, Individuo de Número de la Corporación.....	895

CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONTRATOS DE ADHESIÓN.

AUTOR: CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE.

26 de abril de 2018.

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	913
Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión. Dr. Alfredo Morles H., Individuo de Número de la Corporación	919
Palabras de presentación de la obra a cargo del abogado Oswaldo Páez Pumar	939
Palabras del autor Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre, Individuo de Número de la Corporación.....	949

LIBER AMICORUM: HOMENAJE A

GABRIEL RUAN SANTOS.

15 de mayo de 2018.

Palabras del Prof. Leonardo Palacios Márquez, Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT).....	961
Palabras del Dr. Humberto Romero-Muci, Primer Vice-Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	975
Palabras de los coordinadores del homenaje a cargo del abogado Juan Carlos Castillo, Vice-Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT)	981

Palabras de la abogada Ingrid García Pacheco, Socia del Escritorio ARAQUE-REYNA.....	989
Palabras del Prof. Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales	995

**ESTADO DUAL O ANÓMICO: EFECTOS CORRUMPENTES.
UN CASO, UNA LECCIÓN: LA JUSTICIA PENAL EN VENEZUELA
BAJO EL ESTADO DUAL Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”
Y “GENOCIDIO Y OTROS CRÍMENES ATROCES
AUTOR: FERNANDO M. FERNÁNDEZ.
30 de mayo de 2018.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	1003
Presentación de la obra a cargo del Dr. Alberto Arteaga Sánchez, Individuo de Número de la Corporación.....	1009

**GUÍA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO.
AUTOR: DRA. MARÍA LUISA TOSTA.
(EDITORIAL GALIPÁN Y LA PROMOCIÓN DE ABOGADOS 2018
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA).
18 de octubre de 2018.**

Apertura del acto a cargo del académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	1117
Palabras del Dr. Alberto Arteaga Sánchez, Individuo de Número de la Corporación.....	1023

ENCUENTROS INTERNACIONALES DE ACADEMIAS JURÍDICAS

**II ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE ACADEMIAS DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS: “DESAFÍOS DE LA DEMOCRACIA EN EL
SIGLO XXI: FORTALEZAS Y RIESGOS POLÍTICOS, ECONÓMICOS,
SOCIALES, CULTURALES E INTERNACIONALES”,
CELEBRADO EN LA CIUDAD DE
BUENOS AIRES-ARGENTINA.
7 y 8 de junio de 2018.**

Ruptura del Estado de derecho en Venezuela 1999-2018 por el Dr. Rafael Badell Madrid, Individuo de Número de la Corporación	1033
---	------

(In) moralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomia social por el Dr. Humberto Romero-Muci, Primer Vice-Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales..... 1107

Declaración del II Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas, celebrado en la ciudad de Buenos Aires el 7 y 8 de junio de 2018..... 1173

**X CONGRESO DE LA CONFERENCIA PERMANENTE
DE ACADEMIAS JURÍDICAS DE IBEROAMÉRICA.
MADRID, 22,23 Y 24 DE NOVIEMBRE DE 2018.**

Relación de la Sección 1: “Defensa del Estado de Derecho frente al Populismo y la Corrupción” Ponente: Alberto Tolivar Alas (España). Moderador: Josep D. Guardia i Canela (Cataluña). Coordinador: Gabriel Ruan Santos (Venezuela) 1179

Populismo, controles de cambios y de precios, y nacionalización y estatización por el Dr. Carlos Acedo Sucre..... 1195

Los Derechos Humanos como condición de validez de los tributos por el Dr. Humberto Romero-Muci..... 1213

Declaración del X Congreso de las Academias Jurídicas Iberoamericanas. “Restablecimiento de los Derechos Humanos y la Democracia en Venezuela”. 1241

PREMIOS DE LA ACADEMIA

**ENTREGA DE LOS PREMIOS: “DR. ÁNGEL FRANCISCO BRICE”,
“DR. CARLOS ALBERTO URBANEJA” Y “DR. LUIS COVA GARCÍA”
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES 2017-2018.
04 de diciembre de 2018.**

Palabras de apertura a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales..... 1249

Lectura del Veredicto Premio “Dr. Ángel Francisco Brice” por el Dr. José Antonio-Muci, Miembro del Jurado 1255

Semblanza del Dr. Ángel Francisco Brice a cargo del Dr. Eugenio Hernández-Bretón. Individuo de Número de la Corporación..... 1261

Palabras del Abog. Gabriel Sira Santana, ganador del Premio “Dr. Ángel Francisco Brice”, Mención Profesionales por su Trabajo “El Estado de Excepción a partir de la Constitución de 1999”..... 1267

Lectura del Veredicto Premio “Dr. Carlos Alberto Urbaneja” por el Dr. César Carballo Mena, Miembro del Jurado	1273
Palabras del Dr. Raúl Arrieta en representación de la Dra. Thairi Moya Sánchez, ganadora del Premio “Dr. Carlos Alberto Urbaneja”, Mención Tesis de Post-Grado y para Trabajos de Ascenso en el Escalafón Universitario, por su Trabajo “La figura de la atribución de la responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su compatibilidad con la Constitución de Venezuela”	1279
Lectura del Veredicto Premio “Dr. Luis Cova García” por el Dr. Luciano Lupini Bianchi, Miembro del Jurado	1285
Semblanza del Dr. Luis Cova García a cargo del Dr. Luis Cova Arria, Individuo de Número de la Corporación	1291
Palabras Del Bachiller José Rafael Gamero Lanz Ganador Del Premio “Dr. Luis Cova García”, Mención Estudiantes por su Trabajo “Los pormenores en la negociación bilateral entre Venezuela y Guyana para un arreglo práctico a la controversia territorial: desde el Acuerdo de Ginebra hasta el Protocolo de Puerto España”	1301

DISCURSOS DE INCORPORACIÓN

**SESIÓN SOLEMNE ACTO DE INCORPORACIÓN DEL PROFESOR
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS COMO INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 27.
6 de febrero de 2018.**

Discurso de incorporación del Prof. José Antonio Muci Borjas a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales	1309
Discurso de contestación del académico Dr. Eugenio Hernández-Bretón, Individuo de Número de la Corporación	1325

**SESIÓN SOLEMNE ACTO DE INCORPORACIÓN DEL PROFESOR
GUILLERMO GORRÍN FALCÓN COMO INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 20
16 de octubre de 2018.**

Discurso de incorporación del Prof. Guillermo Gorrín Falcón a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales	1355
--	------

Discurso de contestación del académico Dr. Luciano Lupini Bianchi, Individuo de Número de la Corporación.....	1381
---	------

**SESIÓN SOLEMNE ACTO DE INCORPORACIÓN
DEL PROFESOR JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 30
06 de noviembre de 2018.**

Discurso de incorporación del Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	1403
Discurso de contestación del académico Dr. Humberto Romero-Muci, Individuo de Número de la Corporación.....	1421

**SESIÓN SOLEMNE ACTO DE INCORPORACIÓN
DEL DOCTOR RAMÓN GUILLERMO AVELEDO
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 15
06 de diciembre de 2018.**

Discurso de incorporación del Dr. Ramón Guillermo Aveledo a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.....	1441
Discurso de contestación del académico Dr. Ramón Escovar León, Individuo de Número de la Corporación.....	1457

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

Inconstitucionalidad del Decreto n° 44 en el marco del estado de excepción y de emergencia económica mediante el cual se establece un régimen especial transitorio para la gestión operativa y administrativa de la Industria Petrolera Nacional. Dr. Rafael Badell Madrid	1473
La institucionalización de la cleptocracia en Venezuela: la inconstitucional reforma tácita el régimen de contrataciones públicas, y la inconstitucional eliminación, por Decreto, de la licitación para la selección de contratistas en la industria petrolera, y de la nacionalización de las actividades auxiliares o conexas con la industria. Dr. Allan R. Brewer-Carías	1497
El reconocimiento internacional del Tribunal Supremo de Justicia en el exilio. Prof. José Amando Mejía Betancourt.	1527
Inconstitucionalidad del Decreto de Reversión Monetaria. Dr. Rafael Badell Madrid	1565

El derecho como juego social. Dr. Alejo Urdaneta.....	1583
Las formas del derecho como límite al poder. Palabras de presentación de la obra sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de «la pesadilla y el noble sueño». Prof. Serviliano Abache Carvajal	1591
Derechos humanos y determinación tributaria. Prof. Serviliano Abache Carvajal.....	1601
La exceptio inadimpleti contractus y los contratos de la Administración Pública” (La necesaria clarificación de una vetusta e incomprensible regla del Derecho Administrativo venezolano). Prof. José Antonio Muci Borjas.....	1631
Ética y lucro en el trabajo. De la buena fe a la responsabilidad social empresarial. Los códigos de conducta en América Latina. Dr. Oscar Hernández Álvarez.	1669
El derecho urbanístico en Venezuela (1946-2018). Siete décadas de su auge y deconstrucción desde una perspectiva cliométrica. Dr. Emilio J. Urbina Mendoza.....	1699
Comienzo de una reflexión filosófica acerca del derecho actual. Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia.....	1787
Vestigios del trabajo dependiente a propósito del escrutinio judicial de Uber Technologies, Inc. y Dynamex Operations West, Inc. Dr. César Augusto Carballo Mena.....	1853
Régimen jurídico de las garantías en la contratación pública. Prof. Nicolás Badell Benítez.....	1889

ACUERDOS DE JÚBILO

Por la elección del Prof. Carlos Ayala Corao, el día 17 de febrero de 2018, como Vice-Presidente de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra-Suiza), Individuo de Número y miembro de la Junta Directiva de la Corporación.	1927
Por la celebración de las IX Jornadas de Derecho Administrativo y Público General. Homenaje Dr. Allan Randolph Brewer-Carías sobre la Administración Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, durante los días 6 al 9 de noviembre de 2018.....	1931

ACUERDOS DE DUELO

Por el sensible fallecimiento del Dr. René De Sola, el día 19 de enero de 2018, Individuo de Número de esta Corporación, Sillón n° 21	1937
Por el sensible fallecimiento del Prof. Alberto Baumeister Toledo, el día 26 de enero de 2018, Individuo de Número de esta Corporación, Sillón n° 30	1941
Por el sensible fallecimiento del Dr. José Domingo Ray, el día 12 de febrero de 2018, Miembro Correspondiente Extranjero de esta Corporación, Mar del Plata – Argentina.....	1945
Por el sensible fallecimiento del Prof. Francesco Berlingieri, el día 06 de marzo de 2018, Miembro Correspondiente Extranjero de esta Corporación, Génova – Italia.....	1949
Por el sensible fallecimiento del Dr. Humberto Njaim, el día 05 de abril de 2018, Individuo de Número de esta Corporación, Sillón n° 15	1953
Por el sensible fallecimiento del Dr. Luis Henrique Farías Mata el día 02 de agosto de 2018, Individuo de número de esta Corporación.....	1957
Por el sensible fallecimiento del Dr. Enrique Lagrange Socorro el día 09 de octubre de 2018, Individuo de número de esta Corporación, Sillón n° 34	1961

IN MEMORIAM

Palabras pronunciadas por el Dr. Alfredo Morles Hernández en el acto de honras fúnebres del Dr. René De Sola, el día 21 de enero de 2018.....	1967
Palabras pronunciadas por el Dr. Eugenio Hernández-Bretón en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 13 de febrero de 2018, con motivo del sensible fallecimiento del Dr. René De Sola.....	1975
Palabras pronunciadas por el Prof. Gabriel Ruan en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 13 de febrero de 2018, con motivo del sensible fallecimiento del Prof. Alberto Baumeister Toledo	1981
Palabras pronunciadas por el Dr. Luis Cova Arria en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 20 de febrero de 2018, con motivo del sensible fallecimiento del Prof. José Domingo Ray, miembro correspondiente extranjero por Argentina de esta Corporación.....	1987

Palabras pronunciadas por el Dr. Luis Cova Arria en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 20 de marzo de 2018, con motivo del sensible fallecimiento del Prof. Francesco Berlingieri, miembro correspondiente extranjero por Italia de esta Corporación	1995
Palabras pronunciadas por el Prof. Gabriel Ruan Santos en la Universidad Metropolitana el día 24 de abril de 2018, en el acto homenaje a la memoria del Dr. Humberto Njaim	2003
Palabras pronunciadas por el Dr. Ramón Escovar León en la Universidad Metropolitana el día 24 de abril de 2018, en el acto homenaje a la memoria del Dr. Humberto Njaim	2009
Palabras pronunciadas por el Prof. Henrique Iribarren Monteverde en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 07 de agosto de 2018, con motivo del sensible fallecimiento del Dr. Luis Henrique Farías Mata.....	2015
Palabras pronunciadas por el Dr. Carlos Acedo Sucre en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 16 de octubre de 2018, con motivo del sensible fallecimiento del Dr. Enrique Lagrange.....	2021
NÓMINAS.....	2029

PRONUNCIAMIENTOS

**CARTA ABIERTA DE LAS ACADEMIAS
NACIONALES AL PRESIDENTE DE LA
REPÚBLICA NICOLÁS MADURO MOROS,
AL CANCELLER JORGE ARREAZA Y A LA
ASAMBLEA NACIONAL EN LA PERSONA
DE SU PRESIDENTE OMAR BARBOZA
SOBRE EL ANUNCIO OFICIAL
DEL SECRETARIO GENERAL DE LA ONU
DE ENVIAR LA CONTROVERSIA
CON GUYANA A LA CORTE INTERNACIONAL
DE JUSTICIA.
14 DE FEBRERO DE 2018.**

Caracas, 14 de febrero de 2018

Sr. NICOLÁS MADURO MOROS
Presidente de la República Bolivariana de Venezuela
Sr. JORGE ARREAZA
Ministro de Relaciones Exteriores
Sr. OMAR BARBOZA
Presidente, y demás Diputados de la Asamblea Nacional

De nuestra mayor consideración:

Las Academias Nacionales hacemos pública nuestra grave preocupación ante la reciente decisión del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), anunciada el 30 de enero de 2018, de enviar a la Corte Internacional de Justicia la controversia territorial entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana sobre el territorio Esequibo.

Debemos mencionar que el 30 de octubre de 2017 estas Academias dirigieron una comunicación al despacho del canciller Jorge Arreaza. Dicha comunicación se sumaba a la enviada el 20 de marzo de 2017 por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales a la entonces canciller, Delcy Rodríguez. En ambas cartas se manifestaba la preocupación de las Academias ante los anuncios realizados por los respectivos Secretarios Generales de la ONU y se recomendaba a la cancillería rechazar firme y públicamente la pretendida remisión del caso del Esequibo a la Corte Penal Internacional a fin de asegurar al respecto la mejor defensa jurídica de Venezuela.

En esas comunicaciones dirigidas a los cancilleres, hicimos referencia al pronunciamiento público de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales emitido el 7 de febrero de 2017. En dicho pronunciamiento se rechazaba el anuncio realizado en diciembre de 2016 por el entonces Secretario General de la ONU, Ban Ki-Moon, de designar un nuevo representante personal para encargarse del proceso de buenos oficios, aunque sí para finales de 2017 no se había logrado un “avance significativo” para solventar la controversia elegiría, entonces, la Corte Internacional de Justicia para solucionarla, a menos que Guyana y Venezuela, de manera conjunta, le solicitaran que se abstuviera de hacerlo. En dicha oportunidad igualmente hicimos referencia al hecho de que con posterioridad, el 27 de febrero de 2017, el nuevo Secretario General de la ONU, Antonio Guterres, con ocasión del anuncio de la designación del señor Dag Halvor Nylander como su Representante Personal para la controversia fronteriza entre Guyana y Venezuela, igualmente anunció que el proceso de buenos oficios continuaría con un mandato reforzado de mediación “hasta final de 2017” y “si a finales de 2017, el Secretario General concluyera que no se ha logrado un avance significativo hacia un acuerdo completo para la solución de la controversia, el Secretario General elegirá la Corte Internacional de Justicia como siguiente medio de solución, a menos de que los Gobiernos de Guyana y Venezuela conjuntamente le pidan que no lo haga”. Por último, en nuestra comunicación, las Academias llamamos la atención sobre el hecho público de que el presidente de Guyana, David Granger, durante su intervención en la 72° Asamblea General de la ONU el 20 de septiembre de 2017, expresó que el reclamo de Venezuela contra su país es una “amenaza” y por ello -agregó-, “tanto los Secretarios Ban Ki-Moon y Antonio Guterres han mantenido la postura de que si para 2018 no se han producido avances importantes en el diferendo, la Corte Internacional de Justicia será el siguiente paso”, por lo que “Guyana ha estado trabajando seriamente con la Secretaría”, y llamó a la comunidad internacional “para que Venezuela acepte el proceso judicial como el camino claro, de paz y justicia para la solución del diferendo”.

Vista la gravedad del nuevo anuncio formal del pasado 30 de enero de 2018 sobre la decisión adoptada por el Secretario General de la ONU relativa al envío de la controversia a la Corte Internacional de

Justicia, las Academias una vez más alertan y reiteran ante el país y la comunidad internacional, que la judicialización de la solución de la controversia, mediante el envío de la misma a la Corte Internacional de Justicia, debe ser rechazada de manera categórica por el gobierno de Venezuela, no solo por ser contraria a los intereses del país, sino porque la misma es violatoria del Acuerdo de Ginebra. Venezuela no debe ni puede aceptar que este delicado asunto sea enviado unilateralmente y sin su consentimiento a dicho tribunal internacional.

Las Academias reiteramos, una vez más, que la mejor y más cierta defensa de Venezuela ante esta anunciada decisión del Secretario General de la ONU, es insistir y oponer la falta de jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para conocer y decidir este asunto.

Ni Venezuela ni Guyana han reconocido la competencia obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, ya que ninguno de estos dos Estados ha ratificado el Estatuto de dicha Corte Internacional (art. 36, parág. 2). Tampoco puede considerarse que la referencia genérica en el Acuerdo de Ginebra a los mecanismos para la solución pacífica de las controversias previstos en el artículo 33 de la Carta de la ONU, pueda constituir una base jurídica para afirmar la obligatoriedad de dicha jurisdicción contenciosa. De hecho, el Acuerdo de Ginebra no figura ni nunca ha figurado en los documentos oficiales considerados por la propia Corte Internacional de Justicia como uno de los tratados o acuerdos internacionales que estipulan su jurisdicción contenciosa. En este sentido, Venezuela siempre ha sido extremadamente cuidadosa de no ratificar los instrumentos internacionales o en su caso hacer la reserva del caso, cuando en los mismos se dispone la aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. Además, conforme a los principios de su reiterada jurisprudencia, la Corte siempre ha exigido que los acuerdos especiales entre las altas partes contratantes que estipulan su jurisdicción obligatoria para un asunto o controversia deben ser de naturaleza expresa, indubitable y clara, de manera que no dé lugar a duda alguna sobre la intención de las partes y, por ello, ha rechazado los casos relativos a estipulaciones indirectas o referenciales.

En conclusión, la anunciada decisión unilateral del Secretario General de la ONU es violatoria del Acuerdo de Ginebra, cuyo objeto y propósito explícitos consisten en la búsqueda de una solución

satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia que resulte aceptable para ambas partes. Por lo cual, someter la controversia a un procedimiento judicial desnaturalizaría el Acuerdo de Ginebra, ya que impediría que las partes, a través de un mecanismo de negociación, logren un acuerdo práctico a la controversia que sea mutuamente aceptable para ellas. Queda claro que una solución judicial unilateral es lo contrario a un arreglo práctico satisfactorio y aceptable para ambas partes.

Al mismo tiempo, esta decisión de remitir el caso a la Corte Internacional de Justicia equivale a la introducción arbitraria de un término de caducidad de las negociaciones entre las partes para buscar una solución práctica conforme al Acuerdo de Ginebra, las cuales evidentemente no han sido agotadas. Conforme a dicho instrumento internacional (art. IV, 2), si alguno de esos medios, como podrían ser los actuales buenos oficios con mandato reforzado de mediación o cualquier otro de mayor intensidad diplomática, no han conducido a una solución de la controversia, el Secretario General de la ONU escogerá otro de los medios estipulados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y así sucesivamente hasta que la controversia haya sido resuelta, o hasta que todos los medios de solución pacífica contemplados en dicho artículo hayan sido agotados. Sin embargo, como hemos insistido, esos “medios de solución pacífica” contemplados en dicha norma, deben sujetarse siempre al objeto y propósito del Acuerdo de Ginebra, cual es precisamente la búsqueda de una solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia en forma aceptable para ambas partes.

En consecuencia, las Academias consideran y requieren al Gobierno de Venezuela:

Hacer valer, de manera pública y directa, ante el Secretario General de la ONU la invalidez bajo el Derecho internacional y el Acuerdo de Ginebra de someter la controversia entre Venezuela y Guyana a la Corte Internacional de Justicia.

Solicitar al Secretario General de la ONU que escoja uno de los medios de solución de controversias previstos en el artículo 33 de la Carta de la ONU que sea compatible con el objeto y propósito del Acuerdo de Ginebra, a fin de que permita una solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia en forma aceptable para

ambas partes. Este medio deberá tener una mayor intensidad y estar reforzado, a fin de que permita avances satisfactorios y significativos en el corto plazo.

En caso de que el Secretario General de la ONU persista en su decisión y envíe la controversia a la Corte Internacional de Justicia, Venezuela debe preparar su defensa jurídica internacional, la cual deberá comenzar por objetar la competencia obligatoria contenciosa de dicho tribunal internacional para conocer este asunto, en virtud de (i) ser contrario al objeto y propósito del Acuerdo de Ginebra y (ii) no encontrar base expresa e indubitable de la voluntad de Venezuela de someterse a dicho tribunal, en ningún acuerdo especial o instrumento internacional.

Horacio Biord Castillo
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

Alfredo Díaz Bruzual
Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Gabriel Ruan Santos
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Gioconda Cunto de San Blas
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales

Humberto García Larralde
Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas

Gonzalo Morales
Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA
ANTE EL "DECRETO CONSTITUYENTE
SOBRE LA CONVOCATORIA
DE LAS ELECCIONES PARA LA PRESIDENCIA
DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA
DE VENEZUELA" DICTADO
POR LA ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE.
15 DE FEBRERO DE 2018.**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en cumplimiento de su ley de creación, reitera una vez más su criterio respecto a la ilegitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente por no haber sido convocada por el pueblo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 347 de la Constitución y ser, además, el resultado de unas elecciones fraudulentas que violaron el artículo 63 de la Constitución, en cuanto a los principios que deben regir todo sufragio para cargos populares. Asimismo, expresa nuevamente su rechazo a las inconstitucionales actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente, y, en esta ocasión, respecto del “Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela”, por ser violatorio de los artículos 230, 293, 136, 137 y 294 de la Constitución, así como los artículos 42 y 72 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.

El denominado “Decreto Constituyente”, dictado en fecha 23 de enero de 2018, con el fin de convocar para el primer cuatrimestre del año 2018 el proceso electoral para la escogencia del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela es otra más de las vías de hecho llevadas adelante por la Asamblea Nacional Constituyente, en exceso del ámbito de las competencias que debería tener una Asamblea Nacional Constituyente debidamente convocada y elegida por el pueblo, como lo es la redacción de un proyecto de Constitución, y configura además otras graves violaciones del ordenamiento constitucional, por cuanto:

Usurpa la competencia exclusiva del Consejo Nacional Electoral para organizar, administrar, dirigir y vigilar todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos;

Viola el período presidencial constitucionalmente establecido; y

Viola los principios constitucionales de imparcialidad y de igualdad de los procesos electorales.

En efecto, el “Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela” es inconstitucional no sólo por la inconstitucionalidad misma del órgano que lo ha emitido, sino por cuanto usurpa las funciones propias de convocatoria a elecciones de los cargos de representación popular de los poderes públicos, del Poder Electoral en órgano del Consejo Nacional Electoral, establecidas en el artículo 293 numeral 5 de la Constitución, en concordancia con el artículo 42 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales. Es, exclusivamente el Poder Electoral quien tiene la potestad de convocar a la elección del Presidente de la República, mediante un acto de convocatoria en el cual se haga público el Cronograma Electoral del respectivo proceso, y conforme al período constitucional establecido.

En este sentido, según se desprende del artículo 230 de la Constitución, el período presidencial es de seis años y la toma de posesión debe producirse el 10 de enero del primer año. Por tanto, la convocatoria para el primer cuatrimestre del año 2018 del proceso electoral para la escogencia del Presidente resulta extemporánea y ventajista por anticipada. Así pues, de conformidad con el precitado artículo 42 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, la Asamblea Nacional Constituyente, además de usurpar las funciones del Consejo Nacional Electoral al convocar elecciones presidenciales, lo hace en violación del período constitucionalmente establecido.

El Decreto de convocatoria a elecciones presidenciales es violatorio además, según se desprende de sus numerosos considerandos, del principio de imparcialidad de las elecciones, que de acuerdo con el artículo 293 de la Constitución, en concordancia del artículo 72 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, deben garantizar los órganos del Poder Electoral en todo proceso electoral, junto a los principios de igualdad de los participantes en el proceso electoral, confiabilidad, transparencia, eficiencia, democratización, participación y pleno ejercicio de la soberanía popular.

Advierte además esta Academia que este Decreto Constituyente vulnera flagrantemente el principio de separación de poderes establecido en el artículo 136 constitucional y los principios que rigen a los órganos del Poder Electoral contemplados en el artículo 294 de

la Constitución, como lo son: la independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios, al instar al Consejo Nacional Electoral, "para que realice lo conducente a los efectos de este Decreto Constituyente".

Por último, debe esta Academia señalar que el acto mediante el cual la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente pretende convocar elecciones presidenciales para el primer cuatrimestre del año 2018 es nulo por comprender la usurpación de funciones de un Poder Público como es el Electoral, de conformidad con lo establecido en el artículo 138, en concordancia con los artículos 136 y 137 de la Constitución, por cuanto "Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos", y por consiguiente, es incapaz de producir efectos jurídicos en el ordenamiento constitucional venezolano.

Caracas, 15 de febrero de 2018.

En fe de lo cual, suscriben:

Gabriel Ruan Santos Presidente
Presidente

Luciano Lupini Bianchi
Secretario

**LAS ACADEMIAS NACIONALES ANTE
LA CONVOCATORIA A ELECCIONES
PARA EL 22 DE ABRIL DE 2018.
20 DE FEBRERO DE 2018.**

Las Academias nacionales se dirigen a la opinión pública en este momento trágico de la vida política venezolana para sumar su rechazo a la precipitada convocatoria a elecciones presidenciales el próximo 22 de abril, ya expresada por autorizados sectores del país y por numerosos gobiernos e instancias internacionales.

La ilegalidad de la convocatoria ha sido analizada a profundidad en el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el pasado 15 de febrero de 2018 (Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela (<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Noticias/PronunciamientoAcademiaConvocatoriaeleccionespresidencialesDEFINITIVO1.pdf>), al cual nos adherimos.

Las elecciones son el mecanismo fundamental de expresión de la voluntad popular. Pero recurrir a ellas bajo criterios de ilegalidad arbitrariamente impuestos para convalidar la perpetuación en el poder, es inaceptable para los ciudadanos. Al desestimarse las garantías constitucionales y legales de obligatorio cumplimiento por el Estado venezolano, se vulnera el Estado de Derecho y los derechos políticos consagrados en la Constitución de la República, las leyes y tratados internacionales, además de constituir una práctica repudiable y contraria a los principios y estándares internacionales en materia electoral.

No podría haber elecciones libres ni justas con presos políticos, con partidos y líderes opositores proscritos, con una autoridad electoral parcializada, con condiciones desiguales de participación, sin un cronograma electoral consensuado, sin un registro electoral confiable, sin libertad absoluta de prensa, con amenazas a la población y sin procurar un genuino ambiente de paz y respeto, todas ellas condiciones que fueron rechazadas por el gobierno en las recientes negociaciones con representantes de la oposición.

Venezuela atraviesa una situación estructural de múltiples dificultades. Luce falaz organizar un proceso comicial solicitado por un ente ilegítimo, sin las condiciones antes mencionadas, de tanta importancia para el restablecimiento del orden democrático, un evento que tal como ha sido planteado carece de adecuados controles que garanticen la imparcialidad del organismo encargado de su ejecución, la neutralidad del Estado como un todo y la ausencia de presiones indebidas, así como la plena participación de todos los venezolanos mayores de edad, residentes dentro y fuera del país, y el efectivo aval de una observación internacional.

Hacemos, en consecuencia, un respetuosollamado:

a los representantes del Poder Electoral a actuar en estricto apego a la Constitución, las leyes y la imparcialidad e independencia que lo han de caracterizar;

al gobierno venezolano a respetar la Constitución, el Estado de Derecho y los derechos políticos de los ciudadanos, así como garantizar la neutralidad del Estado en un tema tan delicado para la vida institucional, como lo es generar credibilidad de los resultados dentro y fuera de las fronteras patrias;

a los dirigentes, organizaciones políticas, actores diversos de la sociedad civil y a los electores, víctimas de la terrible situación que padecemos, a convertir este momento en poderosa fuerza impugnadora del orden actual, a unirnos en un frente único que de manera dinámica rechace la participación electoral en las condiciones actuales, por ser unas elecciones cuestionadas y apresuradas, de negativa proyección para el futuro del país, la convivencia política, la paz social y la estabilidad económica.

En Caracas, a los 20 días del mes de febrero de 2018.

Horacio Biord Castillo
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

Alfredo Díaz Bruzual

Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Gabriel Ruan Santos

Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Gioconda Cunto de San Blas

Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales

Humberto García Larralde

Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas

Gonzalo Morales

Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA
NACIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS
A LA NACIÓN VENEZOLANA.
21 DE FEBRERO DE 2018.**

Según su Ley de creación, le corresponde a la Academia Nacional de Ciencias Económicas (ANCE) “hacer saber su opinión razonada en la elaboración de proyectos de leyes en materia económica, así como en todo asunto que directa e indirectamente concierna a las Ciencias Económicas” (Art. 2º, # 4). La trágica situación por la que atraviesa la población venezolana nos obliga a cumplir con este cometido, el cual toca, además, imperativos de compromiso ciudadano que nos dicta nuestra conciencia.

A comienzos del mes de enero de este año se dio a conocer una “Carta abierta al presidente Nicolás Maduro”, firmado por más de 100 economistas, entre ellos quienes conformamos esta Corporación. Ahí se hizo referencia al grave deterioro de la economía venezolana, constatado en el informe que entregara el Gobierno Nacional a la Securities and Exchange Commission de los Estados Unidos, así como en cifras del Banco Central de Venezuela sobre la expansión de los agregados monetarios y de la Comisión Permanente de Economía y Finanzas de la Asamblea Nacional sobre la inflación. Su reseña puso en evidencia que durante el ejercicio de la Presidencia de Nicolás Maduro se ha producido una caída de más de un tercio en el ingreso por habitante, el colapso de las inversiones y una hiperinflación desatada por los elevados y reiterados déficits públicos, financiados con emisión de dinero sin respaldo por parte del BCV. Ello ha envilecido drásticamente al bolívar hasta llevar la tasa oficial con respecto al dólar a ser hoy apenas un 0,000064avo de la existente en el momento de implantarse el presente control de cambio. Con la cotización del dólar en el llamado mercado paralelo, es bastante menos aún.

A ello hay que agregar el abultado servicio de la deuda externa contraída por el sector público desde 2006, que ha impedido atender las importaciones que se requieren, y el colapso de la empresa

petrolera nacional, PDVSA, cuya capacidad de producción y de refinación ha disminuido notoriamente. Venezuela tiene hoy su sector externo estrangulado, con el agravante de tener cerrados los mercados de crédito internacionales y encontrarse en default selectivo por no honrar el pago de sus emisiones de deuda en las fechas acordadas.

Como resultado, se ha producido un empobrecimiento acelerado de la población, que cobra un número creciente de vidas por inanición y por las secuelas que acarrea la severa desnutrición, así como la falta de medicamentos y el deterioro de los hospitales, en la salud del venezolano. Hoy muchos venezolanos dejan de asistir regularmente a sus trabajos porque su sueldo no les alcanza ni siquiera para pagar el transporte. Miles salen desesperados de nuestras fronteras a diario, por vías terrestres, marítimas y aéreas, por no poder subsistir en tierras venezolanas. Tan lamentable diáspora, que hoy suma unos tres millones de compatriotas afuera, es inédita en la historia patria y refleja el suplicio que a tantos afecta. Finalmente, el país ha atestiguado el aumento de los saqueos a negocios y transportes de alimentos, como a familias enteras escarbando en la basura para procurarse algo de comer.

Ningún venezolano puede permanecer indiferente a semejante tragedia, más cuando existe un amplio consenso entre los profesionales de la economía sobre las líneas de acción a tomar para salir de la misma y sabiendo, además, que Venezuela --de contar con la administración responsable y eficiente de su economía-- cuenta con los recursos, el talento y las capacidades para lograrlo en un plazo relativamente corto. La ANCE ha hecho numerosos pronunciamientos en los últimos años que van en esa dirección, pero que lamentablemente han caído en oídos sordos en las esferas gubernamentales.

La Carta Abierta hizo un llamado al Presidente a ser coherente con su propio diagnóstico, rectificando sus políticas. Confrontado con sus propios datos, no puede argumentar el desconocimiento de la gravedad de la situación nacional o, peor aún, manifestar que ésta es “normal” y que Venezuela está bien, para continuar en la inacción actual. Tampoco es permisible que evada responsabilidades insistiendo en el disparate de una supuesta “guerra económica” que intenta echarles la culpa a otros de las terribles consecuencias de las políticas oficiales.

La ANCE lamenta tener que señalar que las condiciones de vida del venezolano van a empeorar todavía más de no adoptarse cuanto antes medidas que abaten la hiperinflación, unifiquen el tipo de cambio y liberen al aparato productivo de los controles que hoy lo asfixian. Es menester negociar un financiamiento externo con organismos multilaterales para reestructurar provechosamente la deuda externa, estabilizar y liberar el tipo de cambio y proveer los recursos con los cuales sanear las cuentas públicas. Tales condiciones son imperativas para mejorar el abastecimiento interno con producción doméstica, generar empleos productivos cada vez mejor remunerados y revertir la caída en los niveles de consumo de la población. A la par, permitirán reducir nuestra vulnerabilidad externa. Asimismo, facilitarán el rescate de la industria petrolera y atraerán inversiones generadoras de capacidad exportadora y de efectos multiplicadores sobre el resto de la economía.

Después de lo señalado en la Carta Abierta, de los reiterados pronunciamientos de esta Academia y de innumerables señalamientos por parte de economistas calificados durante los últimos años, es sumamente lamentable que ninguna medida económica de importancia haya sido tomada en la dirección referida. El gobierno parece conformarse con los incrementos por decreto del salario mínimo y el reparto de comida subsidiada que apenas llega a una parte de la población, para atender estas penurias. Pero hoy se requieren más de 50 salarios mínimo-integrales, para comprar la Canasta Básica familiar.

Ante la desidia puesta de manifiesto por quienes tienen la responsabilidad de tomar decisiones en materia económica mientras se deterioran aceleradamente las condiciones de vida del venezolano, esta Academia Nacional de Ciencias Económicas, ha llegado a la infausta conclusión de que se persiguen objetivos que responden a intereses divorciados de la misión básica que debe tener todo gobierno, que es la de mejorar el bienestar de su población. Ello es sencillamente imperdonable ante la dimensión de la tragedia que hoy embarga a los venezolanos.

Esta Academia, con base en las discusiones y análisis realizados en su seno, así como con otros colegas, denuncia ante la opinión pública la responsabilidad central del gobierno encabezado por Nicolás

Maduro en la terrible situación por la que hoy atraviesan los venezolanos. De ninguna manera constituye ésta una fatalidad, pues el país tiene con qué salir adelante. La renuencia a tomar las medidas para que ello ocurra solo consigue explicación en la prosecución de objetivos políticos subalternos por parte de quienes hoy dirigen el Estado, con consecuencias funestas para la población. Que las políticas del gobierno obedezcan a fines contrarios al interés nacional es absolutamente inaceptable.

Pero esta Corporación no sólo quiere quedarse en la denuncia, sino que también ofrece, una vez más, las opiniones y señalamientos que puedan contribuir a enrumbar a Venezuela hacia el futuro de prosperidad y libertad que merecen sus habitantes.

En Caracas, a los veintiún días del mes de febrero de 2018.

Humberto García Larralde
Presidente

Sary Levy Carciente
Secretaria

**DICTAMEN DE LA ACADEMIA
SOBRE LA NECESARIA INDEPENDENCIA
E IMPARCIALIDAD DEL CONSEJO NACIONAL
ELECTORAL COMO GARANTÍA ESENCIAL
PARA LA REALIZACIÓN DE ELECCIONES
LIBRES Y DEMOCRÁTICAS.
3 DE MARZO DE 2018.**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, con fundamento en las atribuciones que le confiere el artículo 3 de la Ley de su creación, a fin de orientar en la correcta interpretación de las normas y principios constitucionales vigentes para lograr el restablecimiento de las garantías de elecciones libres y justas como expresión de la soberanía del pueblo, el régimen plural de partidos y la separación e independencia de los poderes públicos como elementos esenciales del Estado Constitucional de Derecho y de la democracia, necesarios por demás para superar la grave crisis política, económica y social que atraviesa el país, ofrece las siguientes consideraciones jurídicas y advierte sobre el impostergable rescate de la independencia e imparcialidad del Poder Electoral.

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVAN EL PRESENTE DICTAMEN

El presente dictamen está motivado por los hechos que han puesto en evidencia la ausencia de las garantías electorales bajo los estándares constitucionales e internacionales, la cual se ha puesto de relieve con particular énfasis con la convocatoria a elecciones por la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente; la ausencia de la autoridad electoral independiente e imparcial; el incumplimiento del procedimiento para designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral y la inconstitucional conformación del actual Consejo Nacional Electoral. Ello ha causado desde la misma entrada en vigencia de la Constitución de 1999 la politización partidista de dicho órgano electoral por su falta de independencia e imparcialidad, la cual ha sido objeto de rechazo no solo por la sociedad venezolana en sus diversas expresiones sino incluso por la comunidad internacional.

LA CONVOCATORIA INCONSTITUCIONAL A ELECCIONES POR LA INCONSTITUCIONAL ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

El decreto constituyente sobre la convocatoria de elecciones presidenciales en el primer cuatrimestre del año 2018, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.361 Extraordinario, de fecha 23 de enero de 2018, emanado de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente, así como las actuaciones posteriores de la pretendida Asamblea Nacional Constituyente -en las que aspiraba incluso la elección anticipada de los diputados a la Asamblea Nacional- y su obediente ejecución mediante la decisión del Consejo Nacional Electoral, anunciada el 1 de marzo de 2018, de convocar y organizar para el 20 de mayo la elección presidencial y los comicios para escoger a los integrantes de los consejos legislativos estatales y concejos municipales, hacen necesario analizar la inexistencia de las garantías electorales en Venezuela y las posibilidades reales de ejercicio pleno de los derechos políticos. En particular, en el presente informe se analizará la garantía electoral fundamental de un árbitro electoral independiente e imparcial como (i) elemento esencial del derecho al voto y (ii) de las directrices constitucionales exigidas para la integración del Consejo Nacional Electoral como órgano del Poder Electoral.

Esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la inconstitucionalidad de la mal llamada Asamblea Nacional Constituyente y de sus pretendidos actos, la cual deriva de no haber sido válidamente convocada, de los vicios en la elección de sus integrantes y de la usurpación de las funciones de los poderes públicos constitucionales, siendo por tanto írritas todos sus decisiones, como lo son todos los actos relativos a su convocatoria, elección, instalación y funcionamiento, nulos de nulidad absoluta, conforme al artículo 138 de la Constitución, por lo que no pueden ser objeto de convalidación alguna.

DE LA AUSENCIA DE LA AUTORIDAD ELECTORAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

Actualmente en Venezuela no existe garantía de ejercicio efectivo de los derechos políticos y de legalidad electoral, ya que el Poder Electoral es ejercido por unas autoridades inconstitucionales no electas conforme a los requisitos, procedimientos y competencias dispuestas por la Constitución. Estas autoridades han incurrido en graves irregularidades en el ejercicio de sus atribuciones, generando desconfianza en la sociedad y en particular en los sectores políticos opuestos al gobierno, en la sociedad civil y en un porcentaje mayoritario de los electores¹, lo que hace que la convocatoria a las elecciones del próximo 20 de mayo de 2018 no haya sido recibida por la sociedad venezolana ni por la comunidad internacional, como una oportunidad para que la ciudadanía pueda expresar su voluntad política soberana.

El incumplimiento del procedimiento para designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral es una causa principal de la politización partidista de ese órgano por su falta de independencia e imparcialidad.

La Constitución de 1999 elevó expresamente a rango constitucional al órgano electoral, al crear el Poder Electoral con el Consejo

¹ Véase entre otros el Comunicado de la Presidencia de la Conferencia Episcopal Venezolana de fecha 29 de enero de 2018: <http://www.cev.org.ve/index.php/noticias/276-comunicado-de-la-presidencia-de-la-cev-ante-la-convocatoria-a-las-elecciones-presidenciales-adelantadas> en el cual se lee: “6.- Para ello se necesitan instituciones del Estado que respeten la voluntad del pueblo. El CNE es la institución llamada a velar por las garantías electorales de los ciudadanos, de ahí la necesidad de su reestructuración para que “cumpla con la imparcialidad que le pide la Constitución vigente. Solo así actuará con transparencia y equidad en sus funciones y garantizará el respeto a las decisiones del pueblo” (n.7). Aunado a esto debemos recordar que si realmente vivimos en democracia, la institución electoral –CNE- debe mantener su autonomía y servir al pueblo elector”. En el Pronunciamiento emitido por las Academias Nacionales ante la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente en fecha 15 de agosto de 2017, las Academias advertimos sobre la violación al derecho al sufragio consagrado en los artículo 63 de la Constitución, refiriendo la denuncia de fraude electoral en la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, por el propio prestador de servicios informáticos del Consejo Nacional Electoral (CNE): <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/2017-08-15%20Pronunciamiento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf>

Nacional Electoral como órgano en la cúspide de la jerarquía de esa nueva rama del Poder Público Nacional. Ese nuevo poder, según se lee en la exposición de motivos de la Constitución, se regirá por “los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria y despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana...”. En consecuencia, el artículo 294 constitucional dispone:

Artículo 294. Los órganos del Poder Electoral se rigen por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios.

A fin de garantizar esos principios, la Constitución dispuso un mecanismo abierto y de participación plural en la postulación de los rectores del Consejo Nacional Electoral y la competencia de la Asamblea Nacional para su designación por la mayoría calificada de sus diputados. Dicho mecanismo fue establecido en los artículos 294 y 295 de la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 295. El Comité de Postulaciones Electorales de candidatos o candidatas a integrantes del Consejo Nacional Electoral estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley.

Artículo 296. El Consejo Nacional Electoral estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos o ellas serán postulados o postuladas por la sociedad civil, uno o una por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales y uno o una por el Poder Ciudadano.

Los o las tres integrantes postulados o postuladas por la sociedad civil tendrán seis suplentes en secuencia ordinal y cada designado o designada por las universidades y el Poder Ciudadano tendrá dos suplentes, respectivamente. La Junta Nacional Electoral, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, serán presididas cada una por un o una integrante postulado o postulada por la sociedad civil. Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral durarán siete años en sus funciones y serán elegidos o elegidas por separado: los tres postulados o postuladas por la sociedad

civil al inicio de cada período de la Asamblea Nacional, y los otros dos a la mitad del mismo.

Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral serán designados o designadas por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral escogerán de su seno a su Presidente o Presidenta, de conformidad con la ley.

Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral serán removidos o removidas por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia. (Subrayados añadidos).

Ese mecanismo dispuesto en la Constitución no ha sido observado, razón por la que no se ha alcanzado el objetivo de lograr un órgano electoral independiente, imparcial y despartidizado.

Brewer-Carías, en su obra Historia Constitucional de Venezuela, relata:

En cuanto al Poder Electoral, por último, la Asamblea Nacional Constituyente, careciendo totalmente de competencia para ello y en forma ilegítima, en el Decreto del 22-12-99 se autoatribuyó competencias para designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (artículo 40), designaciones que realizó días después, con carácter provisorio, al nombrar a personas todas vinculadas al nuevo poder y a los partidos que apoyaban al gobierno, lo que incluso no garantizaba la imparcialidad electoral necesaria, burlándose del artículo 296 de la Constitución².

Ese acto de la Asamblea Nacional Constituyente de diciembre de 1999, por el cual fueron nombrados los Directivos del Consejo Nacional Electoral –así como el Fiscal General de la República, Contralor General de la República, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Defensora del Pueblo y miembros del “Congresillo”-, denominado Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público fue objeto de un recurso de nulidad declarado improcedente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 4 del 26 de enero del año 2000³.

² Brewer Carías, Allan R., Historia Constitucional de Venezuela, Caracas, Editorial Alfa, 2008, Tomo II, p. 267

³ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/04-260100-00-009.HTM>

Entre los fundamentos del recurso, según se lee en la narrativa de la sentencia, el accionante argumentó “[q]ue a los fines de tales designaciones, el ciudadano Luis Miquilena, Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, recibió instrucciones directas del Presidente de la República Hugo Chávez Frías, en abierta violación al principio de separación de poderes”. A la petición de nulidad de esas designaciones, el recurrente acumuló la pretensión de amparo constitucional, alegando la amenaza de violación de los derechos constitucionales, por el riesgo “de no garantizársele imparcialidad en la administración de las elecciones”. Esos argumentos, sin embargo, fueron esgrimidos ante unos Magistrados que habían sido designados por el mismo acto impugnado, circunstancia que no se obvia en el texto de la sentencia, por el contrario se analiza expresamente en los siguientes términos:

Con carácter previo, debe esta Sala referirse insoslayablemente a la especial situación en la que se encuentran los Magistrados de esta Sala, en virtud de que su nombramiento ha sido igualmente cuestionado, lo cual, en principio podría colocarlos en una situación de interés particular frente a la decisión que habrá de dictarse, concretamente la prevista en el numeral 4 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante, como ha sido cuestionado el nombramiento de todos los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y en virtud de que no han sido designados los suplentes y conjuces respectivos –los cuales aun siendo designados estarían en la misma circunstancia de los titulares- no podría aplicarse la solución que otorga el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de manera que la consecuencia de lo antes dicho, sería la imposibilidad de decidir el recurso planteado.

Dicho lo cual, los Magistrados que no ofrecían garantía alguna de imparcialidad y que habían sido designados por el mismo acto impugnado, desecharon el recurso, declarando su improcedencia.

Luego, en noviembre del año 2002, se publicó en Gaceta Oficial la Ley Orgánica del Poder Electoral en la cual se desarrollaron las disposiciones constitucionales relativas al Comité de Postulaciones Electorales. Esa regulación contempla la conformación de ese Comité con un

número mayoritario de diputados para asegurar el control por parte del partido de gobierno⁴. En ese sentido, Brewer Carías ha afirmado:

Esos Comités son órganos intermedios, algunos permanentes, que obligatoriamente deben estar integrados por representantes de los diferentes sectores de la sociedad. Son diferentes a la Asamblea Nacional y los representantes populares no pueden formar parte de los mismos. Sin embargo, lamentablemente este postulado constitucional ha sido violado al regularse la conformación del Comité de Postulaciones Electorales en la Ley Orgánica del Poder Electoral, y el Comité de Postulaciones Judiciales en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los cuales se han integrado con diputados a la Asamblea Nacional, como Comisiones Parlamentarias ampliadas.⁵ (Subrayados agregados).

Las organizaciones internacionales también han advertido que en las leyes dictadas para desarrollar las disposiciones constitucionales relativas a los Comités de Postulaciones,

[...] se contradice el espíritu y los principios constitucionales sobre este tema, se crean obstáculos, se usurpa, se confisca y se tutela la legítima participación ciudadana y el efectivo control de la sociedad organizada.⁶

⁴ El artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.573 del 19-11-2002, dispone que el Comité de Postulaciones Electorales estará conformado por 21 miembros de los cuales 11 son diputados.

⁵ Brewer Carías, Allan, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos, Caracas, EJV-CECLA, 2004, p. 15.

⁶ Documento Comité de Postulaciones: Participación y control social en la preselección de candidatos a ocupar cargos de los poderes públicos nacionales Judicial, Ciudadano y Electoral, elaborado en julio de 2003, por el Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Raúl Pinto Peña): <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/caracas/03843.pdf> En ese mismo informe se hace una relación de los mecanismos de designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral, desde el año 2000, cuando se prescindió de la conformación del Comité de Postulaciones Electorales y luego en la inconstitucional regulación de ese Comité en la Ley Orgánica del Poder Electoral, desconociendo los objetivos de despartidización, dispone su conformación mayormente por diputados de la Asamblea Nacional. En ese mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes desde el año 2003, en el último, se lee en los párrafos 127 al 129 lo siguiente: “la información al alcance de la CIDH indica que existe una falta de independencia del CNE. Esta situación se debería, entre otros factores, al incumplimiento reiterado del procedimiento establecido en la Constitución para la elección de sus integrantes. De acuerdo a la Constitución, los candidatos son propuestos por el Comité de Postulaciones Electorales,

Estas disposiciones constitucionales han sido violadas sistemáticamente desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, vicio que afecta de manera particular la designación de los cinco “rectores” que actualmente lo integran, lo cual ha derivado en la absoluta politización partidista del Consejo Nacional Electoral como un órgano parcializado y dependiente del Poder Ejecutivo Nacional y el partido de gobierno (PSUV).

En efecto, el artículo 296 de la Constitución establece que el Consejo Nacional Electoral estará integrado por cinco rectores, no vinculados a organizaciones con fines políticos, tres (3) de ellos postulados por la sociedad civil, uno por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de la Universidades nacionales y uno por el Poder Ciudadano.

Estos nombramientos de los rectores del Consejo Nacional Electoral están previstos como una atribución propia y exclusiva de la Asamblea Nacional mediante votación calificada, a partir de la lista de postulados que le presenten la sociedad civil, las facultades de ciencias jurídicas y políticas y el Poder Ciudadano, según corresponda (penúltimo aparte del artículo 296 constitucional).

En efecto, conforme a lo previsto en el penúltimo aparte del artículo 296 de la Constitución, los rectores del Consejo Nacional Electoral son designados “por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes”, duran siete (7) años en el ejercicio de sus funciones y sus designaciones se hacen por separado:

compuesto por sociedad civil y son elegidos con el voto de las dos terceras partes de la AN. Sin embargo, desde 1999, sus miembros habrían sido elegidos de manera distinta. 128. En efecto, los primeros integrantes del CNE fueron designados por la Asamblea Constituyente de 1999. En el 2000, fueron elegidos por la Comisión Legislativa Nacional. En tres ocasiones (en los años 2003, 2005 y 2014) fueron designados por la Sala Constitucional del TSJ, quien se arrogó dicha función por la omisión legislativa en la que consideró había incurrido la AN por no nombrarlos a tiempo. En dos ocasiones (en los años 2006 y 2010), fueron elegidos por una AN oficialista que negó la participación de un Comité de Postulaciones electoral efectivamente compuesto por la sociedad civil. Más recientemente, en el 2016, la Sala Constitucional del TSJ volvió a designar a las y los rectores del CNE, pero esta vez afirmó que se debía al desacato de la AN214. 129. Otro aspecto determinante para la falta de independencia de este órgano constitucional es que sus miembros no cumplirían con el requisito de no estar vinculados a organizaciones con fines políticos, exigido por la Constitución. En efecto, según ha sido advertido, muchos de los rectores del CNE serían o habrían sido operadores de confianza del Gobierno y su personal técnico sería militante en el partido oficialista”.

los tres postulados por la sociedad civil, al inicio de cada período de la Asamblea Nacional; y los otros dos rectores, a la mitad del período de dicho órgano parlamentario.

De la inconstitucional conformación del actual Consejo Nacional Electoral.

Los actuales rectores del Consejo Nacional Electoral fueron inconstitucionalmente designados por el Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisiones políticas adoptadas por la Sala Constitucional, usurpando las funciones constitucionales propias y exclusivas de la Asamblea Nacional.

Los tres (3) rectores que debían ser designados por la Asamblea Nacional mediante voto calificado a partir de las postulaciones presentadas por la sociedad civil, fueron en su lugar indebidamente designados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante una sentencia del 26 de diciembre de 2014⁷. En efecto, al no contar el partido de gobierno (PSUV) con la mayoría parlamentaria calificada para hacer unilateralmente la designación de esos tres rectores conforme a lo dispuesto por la Constitución, en su lugar optó por acudir al Tribunal Supremo de Justicia controlado por el Poder Ejecutivo, para así lograr el nombramiento inconstitucional de sus candidatos por dicho Tribunal. En esa “sentencia” la Sala Constitucional se auto-declaró competente para conocer de la solicitud planteada por quien para entonces se desempeñaba como diputado Presidente de la Asamblea Nacional, Diosdado Cabello Rondón, referente a la declaratoria de la supuesta omisión por parte de dicho órgano legislativo, y en consecuencia, usurpando las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional procedió al nombrar los tres Rectores del Consejo Nacional Electoral,

[...] en atención a la solicitud de declaratoria de omisión por parte de la Asamblea Nacional de designar los Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral, conforme a las postulaciones realizadas por la sociedad civil se procede a designar 3 rectores principales:

⁷ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173497-1865-261214-2014-14-1343.HTML>

Tibisay Lucena, Sandra Oblitas y Luis Emilio Rondón y como sus suplentes a Abdón Rodolfo Hernández, Alí Ernesto Padrón Paredes, Carlos Enrique Quintero Cuevas, Pablo José Durán, Marcos Octavio Méndez y Andrés Eloy Brito. (Subrayados agregados).

De la misma manera, posteriormente, cuando el partido de gobierno (PSUV) perdió la mayoría parlamentaria —e incluso la oposición había ganado en diciembre de 2015 la mayoría calificada de diputados de la Asamblea Nacional—, ante una demanda intentada esta vez por el diputado del PSUV Héctor Rodríguez, la Sala Constitucional mediante sentencia del 13 de diciembre de 2016⁸, nuevamente invocando una supuesta -pero inexistente- omisión legislativa, procedió a declarar la nulidad de las actuaciones realizadas por la Asamblea Nacional y el Comité de Postulaciones Electorales y a designar a las dos (2) Rectoras Principales del Consejo Nacional Electoral Socorro Elizabeth Hernández Hernández y Tania D’ Amelio Cardiet, y los Rectores Suplentes Iván Zerpa Guerrero y Gustavo Guevara Sifontes. Para cometer esta usurpación de las funciones de la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional invocó además del argumento de la inexistente omisión legislativa, el supuesto desacato parlamentario a una sentencia de la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo de Justicia, aduciendo que su consecuencia era el vaciamiento y nulidad de todas las competencias constitucionales de dicha Asamblea Nacional, por lo que debían permanecer en sus cargos ahora con un nuevo nombramiento judicial, las rectoras Principales del Consejo Nacional Electoral Socorro Elizabeth Hernández Hernández y Tania D’ Amelio Cardiet, y los Rectores Suplentes Iván Zerpa Guerrero y Gustavo Guevara Sifonte⁹:

⁸ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/193866-1086-131216-2016-16-1191.HTML>

⁹ Las rectoras Socorro Elizabeth Hernández Hernández y Tania D’ Amelio Cardiet habían sido designadas en diciembre del año 2009 por la Asamblea Nacional, para esa fecha con mayoría parlamentaria del PSUV, ello a pesar que su postulación había sido impugnada con motivo de su militancia en el partido de gobierno. En esa oportunidad SUMATE expresó que de procederse a la designación de esas ciudadanas como rectoras “se estarían anulando potencialmente las actuaciones de los futuros rectores por provenir de una autoridad usurpada en fraude a las normas constitucionales y por ser personas inelegibles en su origen, con lo cual queda viciada su futura competencia en el dictamen de resoluciones para la convocatoria de elecciones, las variadas normativas electorales, la fijación de las circunscripciones electorales, la inscripción de nuevas organizaciones con fines políticos (partidos), la administración

[...] la falta de diligencia en el trámite de la nueva designación respectiva, aunado a que el órgano parlamentario nacional se encuentra en desacato a la decisión N° 108 de fecha 01 de Agosto de 2016, emanada de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia; situación ésta que de acuerdo al criterio del solicitante, hace que los actos relacionados con la designación de rectores y rectoras del Consejo Nacional Electoral, se encuentren viciados de nulidad absoluta y por lo tanto sean inválidos, inexistentes e ineficaces, por mandato expreso del fallo antes descrito. (Omisis)

Tal desacato aún se mantiene de forma ininterrumpida, razón por la que todos los actos dictados por la Asamblea Nacional y todas las actuaciones emanadas de cualquier otra persona jurídica o natural, relacionados con el proceso de designación de los nuevos funcionarios o las nuevas funcionarias que deben sustituir en el ejercicio de sus cargos a las Rectoras Principales del Consejo Nacional Electoral Socorro Elizabeth Hernández Hernández y Tania D' Amelio Cardiet, y los Rectores Suplentes Iván Zerpa Guerrero y Gustavo Guevara Sifontes, carecen de validez, eficacia y existencia jurídica; incluyendo, por ejemplo, el irritado acto de designación del comité de postulaciones para la escogencia de nuevos rectores del CNE, efectuado por la Asamblea Nacional en sesión del 11 de agosto de 2016 (fecha anterior a la oportunidad en la que los ciudadanos ilegalmente incorporados a la Asamblea plantearon su desincorporación de ese cuerpo -15 de noviembre de 2016-, manifestación de voluntad que aún no ha sido debidamente tramitada y decidida por la Junta Directiva y la Plenaria de la Asamblea Nacional, en aras de, por ejemplo, realizar el correspondiente acto de desincorporación formal, por parte del órgano legislativo nacional), razón por la que ese proceso de designación de rectoras o rectores del CNE es nulo desde sus actos originarios ... omisis

del registro electoral y civil, o la promulgación de autoridades electas por el sufragio de los ciudadanos, entre otras de las muchas competencias que le estarían asignadas. Con el fin de prevenir esta inseguridad jurídica, Súmate insta a la Sala Político-Administrativa del TSJ a actuar oportunamente con el fin de corregir las ilegalidades cometidas por el Comité de Postulaciones Electorales en la tramitación de las candidaturas para los dos rectores principales y los cuatro suplentes del CNE". (Subrayados agregados). Ver: <http://www.sumate.org/noticias/2009/20091130-sumate-exhorta-al-tsj-a-suspender-designacion-de-rectores-del-cne.html>

En razón de lo antes expuesto, resulta absolutamente alejado de la verdad que algún órgano distinto a la Asamblea Nacional se encuentre en omisión inconstitucional respecto del referido proceso de designación de rectores o rectoras del CNE, pues ninguna persona jurídica ni natural debe participar ni cohonestar el referido desacato del parlamento nacional y, en caso de hacerlo, tendrá responsabilidad frente al Estado venezolano, tal como lo ha venido advirtiendo esta Sala cuando ha señalado que “la participación o intervención directa o indirecta en las actuaciones desplegadas por la mayoría parlamentaria de la Asamblea Nacional, en contravención al ordenamiento constitucional y en contumacia a las decisiones emanadas por los órganos jurisdiccionales del país, generará las correspondientes responsabilidades y sanciones constitucionales, penales, civiles, administrativas, disciplinarias, éticas, políticas y sociales en general necesarias para salvaguardar la eficacia del Texto Fundamental que se ha dado democráticamente el pueblo venezolano, a través del proceso constituyente, para procurar su convivencia pacífica y promover su bienestar” (ver, entre otras, sentencia n.º 808 del 2 de septiembre de 2016).

Con ello queda evidenciada la ocurrencia de una nueva omisión por parte de la Asamblea Nacional, al no designar dentro del marco de la Constitución y las leyes a dichos rectores del Consejo Nacional Electoral, en el entendido de que a estos se les venció el período de los siete años para el cual fueron designados, el día 4 de diciembre de 2009, fecha en la que fue instalado formalmente el Consejo Nacional Electoral, con la presencia de esos Rectores –ver Gaceta Oficial n.º 39.321 de esa misma fecha- (advírtase que el artículo 296 del Texto Fundamental establece un tiempo preciso de duración del ejercicio de las funciones del cargo de rector o rectora del CNE -“Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral durarán siete años en sus funciones...”-), derivándose de allí la urgencia y necesidad de tales nombramientos para preservar el normal funcionamiento del Poder Electoral, quien tiene bajo su responsabilidad mantener vivo en los ciudadanos y ciudadanas, el afecto por la democracia, en cuanto al sistema más adecuado para una pacífica convivencia en sociedad. Así se decide.

Establecido lo anterior, por cuanto se ha verificado la omisión de la designación de Rectores y Rectoras del Consejo Nacional Electoral,

en atención al mandato estatuido en los artículos 296, 335 y 336.7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 25.7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en correspondencia con la jurisprudencia reiterada (ver sentencia n.º 1865 del 26 de diciembre de 2014), esta Sala Constitucional decreta: 1. La designación se efectúa como medida indispensable, atendiendo al mantenimiento de la supremacía constitucional, así como a la estabilidad y a la paz de la República, por haber expirado el período constitucional correspondiente y por falta de diligencia en el trámite de la designación respectiva, aunado a que el órgano parlamentario nacional se encuentra en desacato al Poder Judicial, situación que determina la nulidad de todas sus actuaciones mientras se mantenga tal situación lesiva al orden constitucional. 2. La Sala designa, para el período que transcurre desde el 4 de diciembre de 2016 al 4 de diciembre de 2023, como primera Rectora principal a la ciudadana Socorro Elizabeth Hernández, titular de la cédula de identidad n.º 3.977.396, y como su suplente al ciudadano Iván Zerpa Guerrero, titular de la cédula identidad n.º 5.147.743; como segunda Rectora principal a la ciudadana Tania D' Amelio Cardiet, titular de la cédula de identidad n.º 11.691.429, y como su suplente al ciudadano Gustavo Guevara Sifontes, titular de la cédula identidad n.º 11.916.776; quienes ya fueron postulados e, inclusive, designados rectores del Consejo Nacional Electoral, por cumplir todos los requisitos previstos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico para desempeñar esa función pública que deberán ejercer, ahora por un nuevo período, puesto que no existe obstáculo para ello, en virtud de la designación que se efectúa en la presente sentencia, ante la manifiesta y persistente omisión parlamentaria en la que se encuentra la Asamblea Nacional. (Subrayados agregados).

De esta forma, la Sala Constitucional usurpando nuevamente las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional, procedió a designar, a los otros dos (2) miembros del Consejo Nacional Electoral, ratificando en sus cargos a las rectoras Socorro Hernández y Tania D' Amelio, quienes habían sido designadas para en anterior período de siete años en diciembre 2009 con vencimiento en diciembre de 2016.

El fundamento invocado por la Sala Constitucional en esas sentencias son “los artículos 336.7 de la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela y 25.7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de la omisión parlamentaria advertida”. Sin embargo, esas disposiciones constitucionales y legislativas relativas a la acción por omisión inconstitucional del poder legislativo, invocadas como fundamento de ambas decisiones judiciales, no autorizan en modo alguno a usurpar las atribuciones constitucionales expresas, exclusivas y por tanto excluyentes de la Asamblea Nacional en cuanto a la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral, ya que dichas normas únicamente facultan a la Sala Constitucional para establecer el “plazo” y, de ser necesario, los “lineamientos de su corrección” por la omisión en que hubiere incurrido el cuerpo legislativo correspondiente, pero no para dictar los actos constitucionales propios de dicho órgano parlamentario.

De manera que estamos en presencia de un claro caso de usurpación de las funciones constitucionales expresas de la Asamblea Nacional por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que determina la ineficacia y nulidad de esas designaciones, a tenor de lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución.

En relación con la segunda de las sentencias, la Sala Constitucional cuestionó las actuaciones preparatorias de la Asamblea Nacional y del Comité de Postulaciones Electorales, en virtud del supuesto “desacato” en que afirmó se encuentra el órgano parlamentario desde principios del año 2016, “desacato” que no solo no existe jurídicamente sino que ha sido el artificio inventado por el Tribunal Supremo de Justicia para impedir a la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015, el ejercicio de sus atribuciones constitucionales.

En ese caso concreto de las designaciones de las dos últimas rectoras del CNE mediante la arbitraria actuación del Tribunal Supremo de Justicia, además de acarrear la nulidad e ineficacia de esas designaciones, por disponerlo así expresamente el citado artículo 138 de la Constitución, viola con ello los derechos políticos fundamentales a la participación política y a acceder al ejercicio de cargos públicos, circunstancia que determina igualmente su nulidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución.

Es importante resaltar, que conforme a las previsiones de la Constitución y a la Ley Orgánica del Poder Electoral, en el proceso

adelantado por la Asamblea Nacional durante el año 2016, las autoridades universitarias de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas habían postulado candidatos, actuaciones que no podían quedar sin efecto por el inventado e inexistente “desacato” en que la Sala Constitucional declaró a la Asamblea Nacional.

Aún en el supuesto negado que la inejecución de un fallo judicial se configurase, ello no permite el vaciamiento de la soberanía popular y la Constitución, ni tampoco puede afectar la validez de las actuaciones constitucionales de la Asamblea Nacional, ni éstas podían trasladarse a otras instituciones o personas, quienes, en ejercicio del derecho que le confieren la Constitución y la Ley, postularon válidamente las candidaturas. Pero aun así, en desprecio de las atribuciones y procedimientos constitucionales, la Sala Constitucional designó (ratificó) a una ciudadana que no fue postulada para este nuevo período por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades, por lo que no podía ser reelecta. Esta última circunstancia agrega a esa inconstitucional designación, la violación del derecho a acceder a ese destino público, de quienes sí habían sido postulados conforme a la Constitución, por las autoridades universitarias.

De manera que, con esa designación se violó además el derecho político fundamental de acceso a las funciones públicas, en condiciones generales de igualdad, consagrado en los artículos 5, 62 y 70 de la Constitución, en el artículo 20 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto al rector que debía ser designado a partir de las postulaciones que presentare el Poder Ciudadano, se advierte que éste no presentó postulación alguna en el trámite adelantado por la Asamblea Nacional en el año 2016, ello a pesar que como toda atribución conferida al poder público es de obligatorio cumplimiento y no puede ser interpretada como de ejercicio potestativo.

La Ley Orgánica del Poder Electoral prevé el supuesto en que las postulaciones sean insuficientes en número, disponiendo en ese caso que deberá concederse una prórroga (artículo 26, último aparte), pero no regula el supuesto absurdo de la omisión absoluta de postulaciones. Tampoco está previsto respecto de esa omisión una alternativa, como

sí lo está, por ejemplo, respecto de la omisión de convocar oportunamente el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, supuesto en el cual el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano faculta expresamente a la Asamblea Nacional para proceder a la designación de los titulares del Poder Ciudadano.

No se encuentra una disposición similar en la Ley Orgánica del Poder Electoral y por tratarse de normas atributivas de competencia, no debería aplicarse ni la analogía, ni las tesis de competencias implícitas, por lo que en todo caso, ante tal omisión, la Sala Constitucional ha debido adoptar los lineamientos para su corrección, es decir, las medidas y directrices tendientes a exigir al Poder Ciudadano el cumplimiento de los actos necesarios para el ejercicio efectivo de la atribución de postular candidaturas, inconstitucional e ilegalmente omitida, pero nunca sustituirla, usurpando las funciones de los otros Poderes Públicos.

DEL RECHAZO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

El Parlamento Europeo

En la sesión plenaria del 8 de febrero de 2018, el Parlamento Europeo se pronunció sobre el llamado a elecciones en nuestro país, advirtiendo que sólo reconocería elecciones basadas en un calendario electoral viable y que respeten condiciones de participación: equitativa, justa y transparente.

El rechazo a la convocatoria a elecciones se fundamenta en el cuestionamiento de la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente y en la ausencia de garantías electorales, señalando al respecto, la necesidad de que el Consejo Nacional Electoral sea imparcial:

Deplora la decisión unilateral de la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente, carente de reconocimiento tanto internacional como de la Unión Europea, de convocar elecciones presidenciales anticipadas para finales de abril de 2018; lamenta profundamente la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela por la que se prohíbe la participación de los candidatos de la MUD en las próximas elecciones; señala que son muchos los posibles candidatos que no podrán presentarse a las elecciones por estar en el exilio, en situación de

inhabilitación administrativa, en arresto domiciliario o presos; insiste en que no deben imponerse condiciones ni levantarse obstáculos en lo que respecta a la participación de partidos políticos y pide a las autoridades venezolanas que restablezcan plenamente sus derechos a ser elegidos.

Insiste en que la Unión y sus instituciones, incluido el Parlamento Europeo, únicamente reconocerán unas elecciones que estén basadas en un calendario electoral viable y acordadas en el contexto del diálogo nacional con el conjunto de los actores pertinentes y partidos políticos en las que se cumplan unas condiciones de participación equitativas, justas y transparentes, lo que supone que se supriman las prohibiciones que pesan sobre políticos de la oposición, que no haya presos políticos, que se vele por que el Consejo Electoral Nacional tenga una composición equilibrada y sea imparcial, y que existan suficientes garantías, incluido el seguimiento por parte de observadores internacionales independientes; recuerda su disposición a enviar una misión de observación electoral en caso de cumplirse todos los requisitos.¹⁰ (Subrayados añadidos).

En el numeral 5 del texto aprobado por el Parlamento Europeo, se insiste en el desconocimiento de la Asamblea Nacional Constituyente y en el apoyo a la Asamblea Nacional, afirmando que es el único órgano al que reconocen como Poder Legislativo válidamente constituido en Venezuela, expresando al respecto:

Condena en los términos más enérgicos la continua violación del orden democrático en Venezuela; hace una vez más patente su pleno apoyo a la Asamblea Nacional en cuanto único parlamento legalmente constituido y reconocido de Venezuela y pide al Gobierno del país que se le restablezca en su plena autoridad constitucional; rechaza cualquier decisión adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente por constituir una violación de todas las reglas y normas democráticas; manifiesta su apoyo a una solución política en un contexto que incluya al conjunto de los actores pertinentes y partidos políticos; recuerda que la separación y la no interferencia entre los poderes del Estado es

¹⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0041+0+DOC+XML+V0//ES>

un principio esencial de los Estados democráticos que se rigen por el Estado de Derecho.

El Grupo de Lima

Pocos días antes, el 23 de enero de 2018¹¹, los cancilleres que conforman la Alianza del llamado Grupo de Lima habían reaccionado ante la decisión del Gobierno de Venezuela de convocar a elecciones presidenciales para el primer cuatrimestre de este año, rechazando la decisión por considerar que la misma “imposibilita la realización de elecciones presidenciales democráticas, transparentes y creíbles, conforme a estándares internacionales y contradice los principios democráticos y de buena fe para el diálogo entre el gobierno y la oposición”.

En virtud de lo cual exigen que “las elecciones presidenciales sean convocadas con una adecuada anticipación, con la participación de todos los actores políticos venezolanos y con todas las garantías que corresponda, incluida la participación de observadores internacionales independientes. Unas elecciones que no cumplan éstas condiciones carecerán de legitimidad y credibilidad.”

Así mismo, reiteran su respaldo a la Asamblea Nacional, democráticamente electa, al tiempo que insisten en desconocer la validez de los actos adoptados por la Asamblea Nacional Constituyente, condenando todas sus actuaciones.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su último informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, divulgado el pasado 12 de febrero de 2018, , relaciona ampliamente las violaciones de todos los derechos humanos, incluidos los derechos políticos y censura la ausencia de garantías electorales, que hacen nugatorio el ejercicio y goce efectivo de los derechos a elegir y ser elegido, así como la Democracia y el Estado de Derecho, indicando en su recomendación N° 13, lo siguiente:

¹¹ <http://dossier33.com/nacional/pronunciamiento-del-grupo-de-lima-sobre-venezuela/>

En relación con el Consejo Nacional Electoral, tomar las medidas necesarias para asegurar su independencia, a través de la aplicación del mecanismo de elección y requisitos establecidos constitucionalmente; así como el aseguramiento en sus decisiones de los derechos políticos de la población venezolana, sin interferencias indebidas.¹² (Subrayados agregados).

Esa recomendación está dirigida a los órganos del Poder Público y sectores de la sociedad civil, a quienes de conformidad con la Constitución vigente, les corresponde la postulación y designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral.

En ese punto concreto, la sociedad civil, el sector académico y la Asamblea Nacional pueden avanzar en el rescate de una de las instituciones necesarias para el ejercicio democrático de los derechos políticos, sin la anuencia del Ejecutivo Nacional y con la colaboración de la comunidad internacional.

El Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos

El Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos adoptó el 23 de febrero de 2018 la Resolución CP/RES. 1095 (2145/18), en cuyos considerandos se cuestiona la credibilidad del proceso electoral convocado, señalando lo siguiente:

[...] el anuncio del Gobierno venezolano de adelantar las elecciones presidenciales al 22 de abril de 2018 imposibilita la realización de elecciones democráticas, transparentes y creíbles de conformidad con las normas internacionales, y contradice los principios democráticos y la buena fe.¹³

En virtud de lo cual, tomando en cuenta el contenido del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y entendiendo

¹² <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>. Esa recomendación está fundamentada en constataciones que se leen a lo largo del Informe, de manera particular en los numerales 16 y 120 al 131, en los cuales se cuestiona la independencia del Poder Electoral por la forma de designación de los rectores que integran el Consejo Nacional Electoral y por las decisiones que ese órgano ha adoptado afectando el ejercicio de los derechos políticos de venezolanos.

¹³ [http://www.oas.org/documents/spa/press/CP-RES.1095\(2145-18\).pdf](http://www.oas.org/documents/spa/press/CP-RES.1095(2145-18).pdf)

“que un proceso electoral libre y justo es fundamental para resolver de manera pacífica y democrática la actual crisis, y el único camino posible para la vigencia del Estado de Derecho en Venezuela”, exhorta:

[...] a que reconsidere la convocatoria de las elecciones presidenciales y presente un nuevo calendario electoral que haga posible la realización de elecciones con todas las garantías necesarias para un proceso libre, justo, transparente, legítimo y creíble, que incluya la participación de todos los partidos y actores políticos venezolanos sin proscritos de ninguna clase, observadores internacionales independientes, acceso libre e igualitario a los medios de comunicación, y con un Consejo Nacional Electoral cuya composición garantice su independencia y autonomía y que goce de la confianza de todos los actores políticos.¹⁴ (Subrayados agregados).

DE LA NECESARIA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO ELECTORAL COMO GARANTÍA ELECTORAL ESENCIAL

La realización de los procesos electorales exige que se ofrezcan a los ciudadanos garantías mínimas, sin las cuales no puede considerarse que los comicios constituyan un mecanismo legítimo para el ejercicio libre y democrático del derecho al sufragio y la participación política.

Esas garantías están referidas al respeto de los derechos de asociación con fines políticos, el derecho individual a postularse como elegible, el ejercicio del derecho al sufragio mediante votaciones libres, universales, directas y secretas, así como la transparencia y equidad en los procesos previos de organización y campaña electoral, todos los cuales están siendo gravemente violados actualmente en Venezuela, siendo un elemento determinante de esas violaciones la ausencia de independencia en los órganos del Poder Judicial, del Poder Electoral y del Poder Ciudadano.

La separación de poderes es una garantía esencial de los derechos. Al respecto, Manuel García Pelayo expresaba:

¹⁴ [http://www.oas.org/documents/spa/press/CP-RES.1095\(2145-18\).pdf](http://www.oas.org/documents/spa/press/CP-RES.1095(2145-18).pdf)

El Derecho positivo y la teoría jurídica han distinguido entre declaraciones de derecho en sentido estricto y garantías de derechos; es decir, aquellas normas destinadas a asegurar la vigencia de los derechos fundamentales frente a las extralimitaciones de los órganos del Estado. Pero por encima de las garantías parciales de derechos individualizados, el Estado liberal cuidó también de asegurar el conjunto de la libertad mediante un sistema general de garantías que fue posible gracias a la estructuración de la constitución con arreglo a un esquema racional y que dio lugar a la división de poderes y al Estado de Derecho¹⁵. (Subrayados agregados).

La existencia de una autoridad electoral independiente es la primera garantía electoral, sin la cual el resto de los derechos se desvanecen.

En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, en la Observación General No. 25, adoptada en relación al derecho de participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, en su 57º período de sesiones (1996) señala en sus párrafos 20 y 21 lo siguiente:

Debe establecerse una junta electoral independiente para que supervise el proceso electoral y garantice que se desarrolla en forma justa e imparcial y de conformidad con disposiciones jurídicas compatibles con el Pacto¹⁶. Los Estados deben tomar medidas para garantizar el carácter secreto del voto durante las elecciones, incluida la votación cuando se está ausente de la residencia habitual, si existe este sistema. Ello comporta la necesidad de que los votantes estén protegidos contra toda forma de coacción para revelar cómo van a votar o cómo han votado, y contra toda injerencia ilícita en el proceso electoral. La renuncia de

¹⁵ García Pelayo, Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Caracas, Fundación García Pelayo, 2001, p. 154.

¹⁶ El documento se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde 1976 y objeto de la Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.146 de fecha 28 de enero de 1978. El artículo 25 del Pacto es del tenor siguiente: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

estos derechos es incompatible con las disposiciones del artículo 25 del Pacto. Deberá garantizarse la seguridad de las urnas y los votos deben escrutarse en presencia de los candidatos o de sus agentes. Debe haber un escrutinio de los votos y un proceso de recuento independientes y con posibilidad de revisión judicial o de otro proceso equivalente a fin de que los electores tengan confianza en la seguridad de la votación y del recuento de los votos. La asistencia que se preste a los discapacitados, los ciegos o los analfabetos deberá tener carácter independiente. Deberá informarse plenamente a los electores acerca de estas garantías.

21. Aunque el Pacto no impone ningún sistema electoral concreto, todo sistema electoral vigente en un Estado Parte debe ser compatible con los derechos amparados por el artículo 25 y garantizar y dar efecto a la libre expresión de la voluntad de los electores¹⁷. (Subrayados agregados).

La garantía de un órgano electoral independiente e imparcial, afirma Pedro Nikken, es “indispensable para la idoneidad de los procesos electorales”, haciendo énfasis en que:

[...] los requisitos de competencia, imparcialidad e independencia, que el artículo 8 de la Convención Americana exige para jueces y tribunales en el marco del debido proceso son aplicables, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, a los organismos electorales, incluso cuando no sean formalmente tribunales ni formen parte del sistema judicial. ... (Omisis) por lo tanto, los organismos electorales, que a todas luces están facultados para determinar derechos de las personas que están dentro del ámbito de su competencia y que, en el desempeño de sus funciones pueden afectar derechos humanos (derechos políticos), deben cumplir con las garantías mínimas establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana –similar al artículo 14 del PIDCP¹⁸– entre las cuales se encuentra la garantía de competencia, independencia e imparcialidad¹⁹.

¹⁷ <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cit.

¹⁹ Nikken, Pedro, Los derechos políticos como derechos humanos, en: VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo homenaje al Profesor Carlos Ayala Corao, noviembre 2016, Caracas, 2017, p. 401.

La Constitución de 1961 establecía las bases para una regulación tendiente a garantizar la necesaria independencia del órgano electoral al disponer en el primer aparte del artículo 113:

Los organismos electorales estarán integrados de manera que no predomine en ellos ningún partido o agrupación política y sus componentes gozarán de los privilegios que la ley establezca para asegurar su independencia en el ejercicio de sus funciones”.

Brewer Carías, al comentar esa norma afirmaba que en ella se establecía,

[...] el principio del pluralismo en la integración de los organismos electorales y se asegura, además, que «sus componentes gozarán de los privilegios que la ley establezca para asegurar su independencia en el ejercicio de sus funciones». Esta norma es la que permite considerar a los organismos electorales y, particularmente al Consejo Supremo Electoral, como un órgano estatal con autonomía funcional, que no depende de los clásicos poderes del Estado, ni el Poder Judicial, ni el Poder Legislativo, ni el Poder Ejecutivo, teniendo además potestad de autnormación y autonomía administrativa.²⁰

En la exposición de motivos de la Constitución de 1999, con relación al Poder Electoral, se lee:

[...] como rama del Poder Público, el Poder Electoral se rige por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana, descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinio, para lo cual se crea un Comité de Postulaciones Electorales integrado por representantes de diferentes sectores de la sociedad, organismo que tendrá a su cargo hacer viables las elecciones de los miembros del Consejo Nacional Electoral, que en un número de cinco, provienen tres de la sociedad civil, uno de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas de las Universidades Nacionales y no del Poder Ciudadano. (Subrayados agregados).

²⁰ Brewer Carías, Allan R., Fundamentos Constitucionales del sistema electoral venezolano, en Revista de Derecho Público, N° 15, Julio-Septiembre 1983, p. 13.

Sin embargo, en la ponencia presentada en el foro “Llamado a elecciones por parte de la Asamblea Nacional Constituyente”, celebrado el pasado 15 de febrero de 2018 en esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el profesor Brewer Carías consideró necesario precisar:

[...] para que no haya duda, que a pesar de toda la propaganda oficial, en Venezuela, históricamente, con la Constitución de 1999 no se inició realmente ningún nuevo ciclo político constitucional, sino que la misma y los gobiernos subsecuentes que se instalaron en el poder del Estado lo que montaron fue un sistema político para precisamente desmontar el Estado democrático centralizado de partidos, que ahora está en proceso definitivo de extinción. En esa forma, dicho sistema político solo ha sido un acaecimiento más, parte de la crisis política del ciclo político de dicho Estado democrático de partidos centralizado iniciado en 1961, en el cual se concentraron, desarrollaron y exacerbaron todos los vicios que se denunciaban en los años noventa del siglo pasado²¹.

En su obra *Historia Constitucional de Venezuela*, Brewer-Carías, afirma:

[...] éstos (los partidos políticos) siguen siendo el eje del proceso político, aun cuando desde 1999 se trate de nuevos partidos, entre ellos el del Presidente de la República. Se trata de un instrumento electoral y político, que en 2006 desde el propio Estado, y con una operación y política estatal conducida por los altos funcionarios del mismo, se comenzó a transformar en un partido socialista único ... La democracia venezolana, por tanto, sigue siendo esencialmente representativa de los partidos políticos, los cuales la controlan totalmente. Nada ha cambiado en el sistema, salvo que desde 2000 hay un nuevo partido, con nuevos nombres y nuevos líderes, y un Presidente de la República que impunemente ha actuado como Presidente del partido de gobierno.²²

Esa hegemonía del partido de gobierno le permitió el control y secuestro de los Poderes Públicos, violando las disposiciones de la Constitución de 1999, los vicios que afectan la validez de las designaciones de los actuales rectores del Consejo Nacional Electoral hacen que la independencia e imparcialidad del árbitro electoral en Venezuela siga

²¹ <http://allanbrewercarias.com/conferencias-y-ponen/1207-conferencia-reflexiones-los-ciclos-politicos-la-historia-venezuela-la-apoptosis-regimen-dias-contados/>

²² Ob. cit., Tomo II, p. 287.

siendo un objetivo inalcanzado, por lo que, atendiendo a las exigencias de la sociedad venezolana y de la comunidad internacional, se plantea el necesario rescate y establecimiento de la independencia del Poder Electoral como un objetivo inmediato para restablecer la Democracia y el Estado de Derecho, necesarias para lograr la garantía efectiva de los derechos políticos y los demás derechos humanos.

CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

La conformación del Consejo Nacional Electoral como órgano del Poder Electoral de conformidad con la Constitución de 1999, debe regirse por los principios de independencia, autonomía, despartidización, imparcialidad y participación ciudadana, a fin de garantizar la convocatoria y realización de elecciones libres y justas.

No obstante, el Consejo Nacional Electoral está integrado irregularmente por rectores y rectoras que han sido designados inconstitucionalmente, no sólo por no cumplir los requisitos de postulación, procedimientos y trámites, sino por haber sido designados por una autoridad constitucionalmente incompetente para ello (Tribunal Supremo de Justicia). Esta integración irregular del Consejo Nacional Electoral, lo ha convertido en una instancia político partidista, que hace nugatorias las garantías constitucionales de igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia electoral, que dicho órgano debe hacer efectivas en todos los procesos electorales.

Para lograr el restablecimiento de las garantías de elecciones libres y justas como expresión de la soberanía del pueblo, el régimen plural de partidos y la separación e independencia de los poderes públicos como elementos esenciales del Estado Constitucional de Derecho y de la democracia, es necesario e impostergable garantizar efectivamente la independencia e imparcialidad del Poder Electoral mediante su reinstitucionalización conforme a la Constitución. A tales fines, la Asamblea Nacional, como único órgano constitucionalmente competente para ello, debe proceder a efectuar la designación de los cinco (5) rectores y rectoras independientes e imparciales del Consejo Nacional Electoral, siguiendo para ello los requisitos de postulación, los procedimientos y las directrices establecidos expresamente en la Constitución.

Por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,

En Caracas, a los tres (3) días del mes de marzo de 2018.

Gabriel Ruan Santos
Presidente

Luciano Lupini
Secretario

**LAS ACADEMIAS NACIONALES A LA OPINIÓN
PÚBLICA ANTE LOS ANUNCIOS EN MATERIA
MONETARIA DEL GOBIERNO NACIONAL.
10 DE ABRIL DE 2018.**

Las Academias Nacionales, en cumplimiento de su función asesora de los poderes públicos y de sus responsabilidades ante el país, se dirigen a la Nación para comunicarle su opinión ante los recientes anuncios en materia monetaria¹.

LA RECONVERSIÓN MONETARIA

La reconversión monetaria anunciada por el presidente de la República a ser aplicada a partir del 4 de junio consistirá en la eliminación de tres ceros a las denominaciones en bolívares con un cono de nuevos billetes y monedas que se llamarán “Bolívares Soberanos” (Bs.S) para distinguirlos de los actualmente circulantes. Tal iniciativa no tendrá efecto alguno sobre la terrible hiperinflación que aceleradamente empobrece hoy a los venezolanos. Tampoco acabará con la inaudita escasez de efectivo que hoy perjudica a consumidores y pequeños comerciantes por igual.

La hiperinflación actual tiene su causa en la emisión de dinero sin respaldo por parte del Banco Central de Venezuela (BCV), para financiar un déficit que ha superado el 9% del Producto Interno Bruto (PIB) durante los últimos ocho años. El ente emisor aumentó en más de 20 veces la emisión monetaria en 2017, lo que explica la hiperinflación de 2.616% registrada por la Comisión Permanente de Finanzas y Desarrollo Económico de la Asamblea Nacional en 2017. En las primeras ocho semanas de 2018 tal emisión monetaria había superado los Bs. 771 billones, un incremento adicional de 540%. De no atajarse cuanto antes este flagelo, el billete de mayor denominación del nuevo cono,

¹ Este documento es versión corta de un comunicado enviado al presidente de la República, al ministro del Poder Popular de Economía y Finanzas y al presidente del Banco Central de Venezuela por las Academias Nacionales, que podrá ser leído en <http://www.acienpol.org.ve/>

el de Bs.S. 500, tendrá para la fecha de su puesta en vigencia un poder de compra similar al que hoy tiene el de Bs. 100.000. Cabe señalar que todo lo referente a emisión de nuevas monedas es de la reserva legal y por tanto, corresponde a la Asamblea Nacional su aprobación.

Lo anterior habrá de agravar las terribles penurias que la hiperinflación impone a los venezolanos, al destruir sus capacidades de sustento. Impide, además, el cálculo económico confiable, genera incertidumbre y fuga de capitales, y arruina aún más a la economía, con severas pérdidas de empleo e ingresos. El necesario redondeo de precios para ajustarse a la nueva escala y el ajuste obligado en el precio de la gasolina podrán repercutir en una mayor inflación.

EL PETRO

Se trata de un cripto activo emitido por el estado venezolano y respaldado por activos petroleros. No es en estricto sentido una criptomoneda. Estas no son emitidas por ningún gobierno y las respalda exclusivamente la confianza que otorga la inviolabilidad de su formulación digital. Son medios de pago fiduciarios por excelencia. El Petro, al ser emitido por un gobierno que ha sido declarado en default selectivo por agencias calificadoras de riesgo, pretende generar un crédito garantizado con recursos minerales del subsuelo para generar confianza, violando así el artículo 12 de la Constitución. Es también un título de deuda pública de írrita legalidad, constituido a partir de una franca usurpación de las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional para legislar sobre materia monetaria.

La puesta en circulación del Petro con respaldo del Estado introduciría un bimonetarismo al margen del mandato constitucional que podría degenerar en una dualidad --como ocurre en la economía cubana-- entre un medio de pago con convertibilidad externa por su respaldo supuesto en el precio del barril de petróleo, y otro, envilecido por la hiperinflación, sin convertibilidad práctica. Tal distorsión implicaría una discriminación odiosa a favor de aquellos que se benefician del intercambio externo y perjudicaría a quienes sólo tienen bolívares no convertibles para sus transacciones.

Las Academias Nacionales insisten una vez más en que la verdadera solución a la pérdida de efectividad del actual cono monetario, de la escasez de efectivo y de las limitaciones financieras que afectan al Ejecutivo Nacional, como a toda la población, depende de políticas que abatan perentoria y eficazmente la terrible inflación que hoy arruina a los venezolanos. Esto implica sanear las cuentas del sector público, eliminar sus déficits y la necesidad de su financiamiento monetario, unificar y liberar el tipo de cambio con el respaldo de un generoso financiamiento externo, y levantamiento de los controles y regulaciones que asfixian a la economía, en un marco de seguridades jurídicas y de respeto al ordenamiento constitucional que inspire confianza y atraiga inversiones.

Caracas, 10 de abril de 2018. Horacio Biord Castillo
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

Alfredo Díaz Bruzual
Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Gabriel Ruan Santos
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Gioconda Cunto de San Blas
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas,
Matemáticas y Naturales

Humberto García Larralde
Presidente de las Academia Nacional de Ciencias Económicas

Gonzalo Morales
Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

**LAS ACADEMIAS NACIONALES SE DIRIGEN
AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA,
AL MINISTRO DEL PODER POPULAR
DE ECONOMÍA Y FINANZAS Y AL PRESIDENTE
DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA
ANTE LOS ANUNCIOS EN MATERIA
MONETARIA DEL GOBIERNO NACIONAL.
16 DE ABRIL DE 2018.**

Las Academias Nacionales, en cumplimiento de su función asesora de los poderes públicos y de su responsabilidad ante el país, se dirigen al Presidente de la República, al Ministro del Poder Popular de Economía y Finanzas y al Presidente del Banco Central de Venezuela, para comunicarles su opinión ante los recientes anuncios en materia monetaria.

LA RECONVERSIÓN MONETARIA

El presidente Nicolás Maduro informó el jueves 22 de marzo de una reconversión monetaria que se aplicaría a partir del 4 de junio, consistente en la eliminación de tres ceros a las denominaciones en bolívares. Para ello se adoptará un cono de nuevos billetes de 2, 5, 10, 20, 50, 100, 200 y 500 bolívares y de nuevas monedas de 1 bolívar y de 50 céntimos, que se llamarán “Bolívares Soberanos” (Bs.S) para distinguirlos de los que están actualmente en circulación. Tal medida, que repite una similar de 2007 y sucede a la introducción de billetes de mayor denominación en 2016, no detendría la terrible hiperinflación que de manera acelerada y lamentable empobrece hoy a los venezolanos. Tampoco es seguro que pudiera acabar con la generalizada escasez de efectivo que hoy perjudica a consumidores y pequeños comerciantes por igual.

La hiperinflación actual tiene su causa en la emisión de dinero sin respaldo por parte del Banco Central de Venezuela con la intención de cerrar la enorme brecha entre gastos e ingresos del sector público, ya que no se dispone de posibilidades de financiamiento internacional. Estos déficits han superado el 9% del Producto Interno Bruto (PIB) durante los últimos ocho años. En la forma de créditos a las empresas públicas no financieras, el ente emisor aumentó en más de 20 veces esta emisión monetaria en 2017, la cual pasó de Bs. 5,6 billones el

30 de diciembre de 2016 a más de Bs. 120 billones un año más tarde. Tal incremento explica la hiperinflación de 2.616% registrada por la Comisión Permanente de Finanzas y Desarrollo Económico de la Asamblea Nacional en 2017.

La reconversión decretada obvia la necesaria eliminación de la desafortunada práctica de emitir dinero sin respaldo, que desafortunadamente continúa. En las primeras ocho semanas de 2018 tal emisión monetaria había superado los Bs. 771 billones, un incremento adicional de 540%. Según la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional, la inflación de 2018 hasta finales de marzo ya era de 453,7%. De no controlarse cuanto antes este flagelo, el billete de mayor denominación del nuevo cono, el de Bs.S. 500, tendrá para la fecha de su puesta en vigencia un poder de compra similar al que hoy tiene el de Bs. 100.000. A la tasa de cambio oficial del seis de abril de 2018, éste sólo equivalía USD 2. De continuar la inflación como en el primer trimestre, se aproximará para finales de año al 100.000%, haciendo necesario un nuevo cono monetario, pues el poder adquisitivo de Bs.S 500 sería apenas el que tienen hoy Bs 20.000 de los existentes.

Lo anterior agravará las terribles penurias que la hiperinflación impone a los venezolanos al destruir sus capacidades de sustento. ImpeDIRá, además, el cálculo económico confiable, generará incertidumbre y fuga de capitales y arruinará aún más la economía, con severas pérdidas de empleo e ingresos. La reconversión monetaria, con un costo de varios millones de USD que podrían haberse dedicado a suplir las insuficiencias de comida y medicamentos que sufre la población, quedará anulada. Cabe señalar, en particular, lo dispendioso de acuñar monedas nuevas que rápidamente perderían toda función práctica.

La ausencia de información sobre las cantidades emitidas del nuevo cono y los lapsos programados para que suplante a los billetes actuales genera, adicionalmente, angustias a una población que ya vivió una situación de zozobra al verse conminada a deshacerse de sus billetes de Bs. 100 en diciembre de 2016. Finalmente, el necesario redondeo de precios para ajustarse a la nueva escala y el ajuste obligado en el precio de la gasolina podrán repercutir en una mayor inflación.

Finalmente, de acuerdo con la Constitución de la República, todo lo referente a la emisión de nuevas monedas y reconversión de las

existentes es de la reserva legal y, por tanto, corresponde a la Asamblea Nacional su aprobación. Asimismo, es competencia del Banco Central de Venezuela todo lo referente a la política monetaria, la cual no puede ser ejercida por el Ejecutivo Nacional ni por una Asamblea Nacional Constituyente cuya legitimidad ha sido cuestionada.

EL PETRO

Las Academias Nacionales se consideran obligadas a emitir también su opinión sobre el lanzamiento de un nuevo medio de pago denominado PETRO. Según el White Paper del PETRO de fecha 30 de enero de 2018, se trata de un cripto activo emitido por el estado venezolano y respaldado por activos petroleros. Conforme a la normativa emitida por el Ejecutivo Nacional y por la Asamblea Nacional Constituyente, El PETRO deberá servir como un medio de intercambio de bienes y servicios por parte del Estado y la ciudadanía en general, y ser aceptado como medio para la liberación de obligaciones con el Estado, incluidos tributos y servicios públicos. Además, tendrá convertibilidad externa porque podrá ser intercambiado en bolívares o en otras divisas por el contravalor que represente el precio internacional del barril de petróleo.

Debe señalarse que, no obstante emitirse el PETRO con base en la tecnología blockchain, no es en estricto sentido una criptomoneda. Éstas no son emitidas por ningún gobierno y las respalda exclusivamente la confianza que otorga la inviolabilidad de su formulación digital.

Son medios de pago fiduciarios por excelencia. Por el contrario, el PETRO, al ser emitido por un gobierno que ha sido declarado en default selectivo por agencias calificadoras de riesgo, pretende adoptar la forma de un crédito garantizado con recursos minerales del subsuelo para generar confianza. Esto viola el artículo 12 de la Constitución que señala que los recursos del subsuelo son “del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles”. Esta previsión constitucional compromete la validez del PETRO como medio de pago por la indisponibilidad jurídica del pretendido subyacente, consistente en el compromiso de su intercambio como contrato de compraventa de un barril de petróleo de la cesta de crudo venezolano, permutable por petróleo en físico. Además, configura un volumen importante de crédito público no

aprobado por la Asamblea Nacional, con violación de la Constitución de la República.

De esta manera, el PETRO obliga a su redención futura por parte del Estado. Representa, por tanto, un título de deuda pública de írrita legalidad, pues su colateral viola lo establecido en la Constitución y no cuenta con la aprobación de la Asamblea Nacional como corresponde a toda operación de crédito público. Además, es de dudosa calidad financiera, ya que su valor depende, en última instancia, de la capacidad de extracción de un barril de petróleo y/o de otros minerales que pretendidamente le sirven de garantía, en momentos de notorio colapso de la industria petrolera nacional y cuando están en entredicho las inversiones para explotar las reservas minerales del país por ser contratos de interés nacional que deben ser autorizados también por la Asamblea Nacional. En tal sentido, el PETRO constituye un activo financiero cuya aceptación como medio de pago es susceptible de enormes descuentos, dada la desconfianza inherente a su emisión y a sus pretendidas garantías.

El empeño en promover este medio de pago parece representar un ejercicio de ingeniería financiera dirigido a esquivar la asfixia financiera impuesta por las sanciones de Estados Unidos, la Unión Europea y Canadá al sector público venezolano y a algunos de sus altos personeros por violaciones a derechos humanos, así como del ordenamiento democrático.

Las anteriores consideraciones suscitan una preocupación adicional por la posibilidad de que el gobierno, en su intento de obtener divisas, desestime las previsiones requeridas para evitar que el anonimato asociado con la formulación del PETRO sea aprovechado para captar dineros provenientes de operaciones de origen dudoso a nivel mundial, abocadas al lavado de capitales. Tal posibilidad habrá de suscitar mayor vigilancia sobre el país por parte de los órganos internacionales competentes para erradicar estos ilícitos y obliga al Estado venezolano a ser muy cuidadoso en la materia.

Preocupan adicionalmente declaraciones recientes del Presidente de la República promoviendo el uso del PETRO para el pago de servicios y otras transacciones con el gobierno, así como para la compra-venta de inmuebles y otros activos. En tal sentido, es menester enfatizar que la moneda de curso legal de la República Bolivariana de Venezuela

es el bolívar, como lo establece el artículo 318 de la Constitución. La puesta en circulación del PETRO con respaldo del Estado introduciría un bimonetarismo al margen del mandato constitucional que podría degenerar en una dualidad --como ocurre en la economía cubana-- entre un medio de pago con convertibilidad externa por su respaldo supuesto en el precio del barril de petróleo, y otro, depreciado por la hiperinflación, sin convertibilidad práctica. Tal distorsión implicaría una discriminación odiosa a favor de aquellos que se benefician del intercambio externo y perjudicaría a quienes solo tienen bolívares no convertibles para sus transacciones.

Por último, la ilegítima creación de un medio de pago alternativo constituye una franca usurpación de las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional para legislar sobre materia monetaria, así como las del Banco Central de Venezuela como autoridad monetaria única, en infracción de los artículos 318 de la Constitución y 7, 106 y 107 de la Ley del Banco Central de Venezuela.

En suma, la creación del PETRO constituye una decisión inconstitucional e ilegal del Presidente de la República, así como también de la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente --que emitió recientemente un “Decreto Constitucional Sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro”-- que compromete la validez jurídica de cualquier transacción que implique su uso, por convertirlo en un objeto de intercambio ilícito y de endeudamiento ilegítimo. Adicionalmente instituye un perturbador bimonetarismo al introducir un medio de pago alternativo a la moneda de curso legal que distorsionará aún más la inestable economía venezolana, contribuyendo a la fatal disfunción del bolívar como unidad monetaria del país.

CONCLUSIÓN

Las Academias Nacionales insisten en que la verdadera solución a la pérdida de efectividad del actual cono monetario, de la escasez de efectivo y de las limitaciones financieras que afecta no solo al Ejecutivo Nacional sino a toda la población, depende de políticas que abatan perentoria y eficazmente la terrible inflación que hoy arruina a los venezolanos. Esto implica sanear las cuentas del sector público, eliminar sus

déficits y la necesidad de su financiamiento monetario, unificar y liberar el tipo de cambio con el respaldo de financiamiento externo, y levantar los controles y regulaciones que asfixian a la economía, en un marco de seguridades jurídicas y de respeto al ordenamiento constitucional que inspire confianza y atraiga inversiones.

Las Academias Nacionales manifiestan su perplejidad ante el hecho de que tales acciones, recomendadas de manera reiterada por ellas en distintas oportunidades y por otros profesionales altamente calificados, sean ignoradas por el gobierno a favor de políticas que han mostrado fehacientemente causar daño a la economía y el bienestar de los venezolanos.

Caracas, 16 de abril de 2018.

Horacio Biord Castillo
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

Alfredo Díaz Bruzual
Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Gabriel Ruan Santos
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Gioconda Cunto de San Blas
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas,
Matemáticas y Naturales

Humberto García Larralde
Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas

Gonzalo Morales
Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA
ANTE EL "DECRETO N° 44 EN EL MARCO
DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN
Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA MEDIANTE
EL CUAL SE ESTABLECE UN RÉGIMEN
ESPECIAL TRANSITORIO PARA LA GESTIÓN
OPERATIVA Y ADMINISTRATIVA
DE LA INDUSTRIA PETROLERA NACIONAL".
2 DE MAYO DE 2018.**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en cumplimiento de su ley de creación y de su deber de alertar a la comunidad venezolana ante las sistemáticas violaciones por parte de los poderes públicos constituidos del ordenamiento constitucional venezolano, expresa su rechazo ante el Decreto N° 3.368 dictado por el Presidente de la República, publicado en Gaceta Oficial N° 41.376 de fecha 12 de abril de 2018, por el cual se dictó el “Decreto N° 44 en el Marco del Estado de Excepción y de Emergencia Económica mediante el cual se establece un régimen especial transitorio para la gestión operativa y administrativa de la Industria Petrolera Nacional” (en lo sucesivo “el Decreto”), por ser violatorio de los artículos 136, 137, 156, numerales 16 y 32; 187, numerales 1 y 9; 202 y 303 de la Constitución.

El Decreto, mediante el cual se pretende establecer un “régimen especial, de carácter transitorio, y las medidas administrativas acordes a éste”, que incluye un régimen “especial” de contrataciones públicas, para Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), sus empresas filiales, y la industria petrolera nacional en general; y de esta forma modificar todo el régimen constitucional y legalmente consagrado sobre la actividad de hidrocarburos y la actuación de PDVSA, empresa del Estado encargada del manejo de la industria petrolera en Venezuela (artículo 303 de la Constitución), constituye una flagrante violación al orden constitucional, por cuanto:

Viola el principio constitucional de la reserva legal;

Usurpa las funciones propias de la Asamblea Nacional;

Viola el principio de separación de poderes; y

Viola las competencias constitucionales de PDVSA para la administración y manejo de la industria petrolera en Venezuela.

El Decreto N° 44, al establecer un régimen especial y transitorio para la gestión operativa y administrativa de la industria petrolera

nacional, es inconstitucional en primer lugar, por regular materias que se encuentran reservadas a la ley.

En efecto, de conformidad con la Constitución, el régimen y administración de las minas e hidrocarburos, es materia de competencia del Poder Público Nacional (artículo 156, numeral 16, de la Constitución); por lo cual, solo puede ser regulada mediante ley, como acto sancionado por la Asamblea Nacional, o mediante decreto con fuerza de ley, propiamente dicho, dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros previa habilitación legislativa de la Asamblea Nacional.

En ese sentido, siendo que el Decreto no fue dictado por el Presidente de la República en uso de la facultad extraordinaria de dictar actos con valor, rango y fuerza de ley, es decir, sin estar autorizado para ello por la Asamblea Nacional mediante ley habilitante (artículos 203, último aparte; y, 236, numeral 8 y primer aparte, de la Constitución), éste viola el principio de la reserva legal y además usurpa las funciones propias de la legítima Asamblea Nacional, único órgano autorizado para legislar sobre materias de la competencia nacional, como lo es el régimen y administración de hidrocarburos (artículos 156, numerales 16, 32 y 33; 187, numeral 1 de la Constitución).

Así también, el Decreto es inconstitucional desde su origen por cuanto fue dictado “en el Marco del Estado de Excepción y de Emergencia Económica”, es decir, con fundamento en el inconstitucional Decreto N° 3.239 de fecha 09 de enero de 2018, que declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el territorio Nacional, el cual, nuevamente debe alertar esta Academia, no cuenta con la aprobación de la Asamblea Nacional y se ha usado para transferir de forma irregular e indefinida la función legislativa del parlamento al órgano ejecutivo, en violación de los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución.

Al respecto, debe esta Academia destacar que la declaratoria de estado de excepción, aun si hubiese sido decretada constitucionalmente, lo cual rechazamos, no podría servir de fundamento para que una empresa pública de la relevancia constitucional de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), expresamente consagrada en el artículo 303 de la Constitución, así como su estructura, funcionamiento y administración sea regulada y alterada mediante un régimen transitorio y de

circunstancias sobrevenidas como la “emergencia económica”, por cuanto la reserva legal lo prohíbe para supuestos de permanencia y el estado de excepción, tal y como lo consagra la Constitución en los artículos 337 al 339, está regido por unas determinadas circunstancias, así como por un tiempo igualmente limitado, y no podría interrumpir el funcionamiento de los órganos del Poder Público.

Asimismo, es preciso destacar la inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto N° 44 respecto a su contenido por cuanto otorga “...las más amplias facultades de organización, gestión y administración de las empresas de la industria petrolera del sector público, en especial Petróleos de Venezuela S.A., PDVSA, y sus empresas filiales, en los términos expuestos en este Decreto” a un órgano incompetente para llevar a cabo el manejo de la industria petrolera, como lo es el Ministerio del Poder Popular para el Petróleo, en contravención con el artículo 303 de la Constitución y de los artículos 1, 4, y 8 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a la Actividad Petrolera, los cuales disponen expresamente que las competencias relativas a las actividades petroleras y conexas reservadas al Poder Nacional deben ser ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por PDVSA y sus filiales.

De otra parte, es deber de la Academia alertar que el Decreto sobre el régimen especial transitorio de la industria petrolera nacional no solo pretende modificar todo el régimen constitucionalmente consagrado sobre la actividad de hidrocarburos y la actuación de Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA) y sus filiales, sino que además busca alterar el régimen de contrataciones públicas a ser realizadas por esa empresa del Estado, eliminando todas las modalidades de selección de contratistas basadas en los principios de transparencia y competencia, y debilitando los controles que previenen la corrupción y la desviación de poder.

Lo anterior se fundamenta en la “Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas”, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 11 de enero de 2018, la cual es otro vivo ejemplo de las inconstitucionales vías de hecho que ha perpetrado la Asamblea Nacional Constituyente, en exceso del ámbito de las competencias que debería tener una auténtica Asamblea Nacional Constituyente, debidamente convocada y elegida por el pueblo, como es la

redacción de un proyecto de Constitución; y establece que los “Los regímenes de contrataciones públicas a ser realizados por los entes del Estado con fines empresariales, salvo lo relativo a concesiones, será objeto de regulación especial”, con usurpación de las funciones legislativas de la Asamblea Nacional y derogando tácitamente la ley que rige las contrataciones públicas en Venezuela.

Igualmente, debe esta Academia advertir que el Decreto N° 44 sobre el régimen especial y transitorio de la industria petrolera nacional, constituye otra expresa violación del principio de separación de poderes, base constitucional del Estado democrático de Derecho, establecido en el artículo 136 en concordancia con el artículo 137 constitucional; por cuanto usurpa las funciones constitucionales propias de la Asamblea Nacional (artículos 156.16; 187.1) al legislar sobre el régimen y administración de hidrocarburos así como sobre el manejo de la industria petrolera nacional, lo cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 de la Constitución es nulo y no tiene eficacia alguna.

Finalmente, tanto el Decreto N° 44 como la normativa en la cual se fundamenta, violan el régimen constitucional de los “Estados de Excepción” (Capítulo II del Título VIII, arts. 337 a 339); ya que el mismo solo puede recaer sobre “hechos o circunstancias”, no sobre instituciones ni sistemas organizativos como sucede en el caso presente.

Por todas las razones indicadas, el Decreto N° 44 sobre el régimen especial y transitorio de la industria petrolera nacional, está afectado de vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad.

Caracas, 2 de mayo de 2018. En fe de lo cual, suscriben

Gabriel Ruan Santos
Presidente

Luciano Lupini Bianchi
Secretario

**PRONUNCIAMIENTO DE LA ACADEMIA
EN TORNO A LAS INTERVENCIONES
BANCARIAS Y LA ESTABILIDAD
DEL SISTEMA FINANCIERO.
4 DE MAYO DE 2018.**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales manifiesta su profunda preocupación por la medida de intervención administrativa de una de las más grandes instituciones financieras del país, con más de ocho millones de clientes, con forma de grupo de sociedades, extendida a todo lo largo de la geografía nacional, con ramificaciones internacionales, prestadora de un servicio público, tenedora de ahorros de personas de todas las capas sociales y de instituciones -públicas y privadas- de diverso rango e importancia, y con una actividad reconocida de promoción de la cultura, la educación y la labor social a través de forma fundacional. Causa alarma el hecho de que la intervención haya estado acompañada de la detención, a todas luces arbitraria, de altos ejecutivos y empleados de la institución bancaria, agregándole a la intervención un elemento de irrespeto a los derechos humanos.

La intervención administrativa de una institución financiera produce, generalmente, un efecto de cascada sobre la conducta de los ahorristas, quienes, ante las olas de rumores que se precipitan se ven impulsados a buscar alternativas de colocación de su dinero, yendo de un banco a otro, angustiados, sin encontrar refugio satisfactorio.

El país tiene una dolorosa experiencia con las intervenciones administrativas bancarias, la gran mayoría de ellas frustradas por la inexperiencia, la torpeza y -en ocasiones- la corrupción de los interventores y liquidadores designados por las autoridades gubernamentales.

Las intervenciones bancarias atentan, además, contra el elemento intangible más importante de la actividad financiera, la confianza, muy difícil de obtener y muy fácil de perder. Solo en caso extremo, muy justificado, puede decretarse una intervención administrativa bancaria. En el caso de la reciente intervención, ésta no ha estado precedida de ninguna preocupación de la población, del sector financiero privado y de los ahorristas sobre la solvencia de la institución financiera intervenida

ni de ninguna otra. Ha sido pública y notoria, en cambio, una cierta hostilidad gubernamental hacia ese banco y hasta una criminalización anticipada de la conducta de algunos de sus representantes, funcionarios o empleados, sin dar cumplimiento al debido proceso. Públicamente, a través de los medios de comunicación social, el vicepresidente del partido de gobierno habló de la compra de esa institución, por parte del gobierno, casi como un hecho cumplido, cosa que fue desmentida por el propio presidente de la institución financiera concernida. Luego vinieron informaciones según las cuales se estaba haciendo “seguimiento” a ese y a otros bancos por sospechas de colaboración con operaciones ilegales con divisas. La intervención practicada por el gobierno nacional nace lamentablemente con un matiz de sospecha de parcialidad, de prejuicio o de predisposición impropia de una autoridad administrativa llamada a evaluar y juzgar con imparcialidad.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales deplora que se haya acudido a la medida extrema de la intervención bancaria, regulada por un procedimiento reconocidamente complicado y frecuentemente afectado por interpretaciones discrecionales de los órganos de supervisión bancaria. Si se hubiera comprobado la participación personal o la complicidad de algún directivo o empleado bancario en operaciones ilegales con divisas, cosa que parece desprenderse del comunicado oficial del 3 de mayo emanada de la Vicepresidencia Sectorial del área Económica y de las declaraciones del Fiscal General de la República -sin que las investigaciones penales hayan concluido- se estaría en presencia de una responsabilidad personal, que no debería ser transferida a la empresa bancaria, una sociedad anónima inimputable. Una intervención bancaria para sancionar a empleados que han incurrido en un delito es, sencillamente, un despropósito. Una intervención bancaria en el contexto de la crisis económica por la cual atraviesa el país, afectado por una aguda escasez artificial de dinero efectivo y dentro de un proceso electoral promovido por el propio gobierno nacional, es un elemento perturbador más, susceptible de afectar severamente la estabilidad del sistema financiero.

Los empresarios afectados por la intervención tienen derecho a un tratamiento digno, respetuoso de la legalidad; la suerte de los ahorristas debe estar garantizada, pues confiaron en una institución prestigiosa

que súbitamente ha perdido el favor de la autoridad supervisora; los accionistas deben recibir la protección a que tienen derecho las personas que acuden al mercado de valores; y los ciudadanos esperan que la investigación penal sobre terceros sospechosos de operaciones ilegales con divisas -una investigación previa- sea separada del proceso de la intervención bancaria, así como también esperan que desaparezcan las sospechas de intereses políticos que giran alrededor de la intervención llevada a cabo.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales estima que la resolución de intervención bancaria acordada debe ser revocada antes de que transcurra el plazo arbitrario de 90 días fijado en la resolución, por ser improcedente como medio de investigación y castigo de hechos imputados a individuos distintos de la empresa bancaria.

La población venezolana debe evitar ser víctima de una falsa inestabilidad del sistema financiero y mantener su tranquilidad.

Caracas, 4 de mayo de 2018.

En fe de lo cual suscriben,

Gabriel Ruan Santos
Presidente

Luciano Lupini Bianchi
Secretario

**LAS ACADEMIAS NACIONALES
A LA OPINIÓN PÚBLICA,
SOBRE PRESOS DE CONCIENCIA Y TORTURAS.
18 DE JUNIO DE 2018.**

Las Academias Nacionales, de acuerdo a su carácter y naturaleza, deben estar atentas a asuntos relativos al bienestar del gremio científico y académico en particular y la ciudadanía en general, entre ellos, la defensa de derechos humanos y civiles exigida por la sociedad moderna. En consecuencia, es su deber expresar su preocupación por informaciones generadas en el Foro Penal, autoridad en materia penal reconocida así por la colectividad internacional, sobre la detención de miembros de la comunidad universitaria, sin seguir los procedimientos estipulados en la Constitución y leyes de la República. Ya el pasado 10/10/2017 nos pronunciamos al respecto de 8 profesores universitarios detenidos en esas condiciones. Hoy nos referimos a los universitarios y profesionales en ciencias de la salud José Alberto Marulanda Bedoya y Williams Alberto Aguado Sequera, reclusos en Ramo Verde y presentados ante tribunales militares a pesar de su condición civil, quienes habrían manifestado haber sido víctimas de torturas, como también lo habrían sido estudiantes y otros ciudadanos detenidos en condiciones similares.

En el muy reciente “Informe de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y del Panel de expertos internacionales independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela”, en declaraciones de abogados defensores y organizaciones de gran prestigio en el ámbito de la promoción y defensa de los derechos humanos en nuestro país, se da cuenta repetidamente de la utilización de métodos de tortura extrema en ciudadanos detenidos sin procedimientos ajustados a la ley, inconsistentes con la vigencia del Estatuto de Roma, documento que se especializa en la vigilancia y penalización de genocidios y crímenes atroces y del cual es signataria la República Bolivariana de Venezuela. La tortura se considera un crimen en el Derecho Constitucional e Internacional, destruye la personalidad de la víctima, degrada su dignidad, deja secuelas que se prolongan en

tiempo y espacio y es un método opresivo de intimidación y control, expresamente prohibido en la Declaración Universal de los DDHH.

En tal sentido, las Academias Nacionales hacen un llamado a las autoridades gubernamentales para que revisen las denuncias que habrían presentado las víctimas y de ser este el caso, detengan la utilización de cualquier método de tortura, oficien con urgencia la atención médica de los casos hasta hoy denunciados y liberen a los presos de conciencia, a los efectos de cumplir con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales en la materia.

En Caracas, a los 18 días del mes de junio de 2018.

Horacio Biord Castillo
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

Leopoldo Briceño-Iragorry Calcaño
Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Gabriel Ruan Santos
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Gioconda Cunto de San Blas
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas,
Matemáticas y Naturales

Humberto García Larralde
Presidente de las Academia Nacional de Ciencias Económicas

Gonzalo Morales
Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

**DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA
POR LOS VEINTE AÑOS DE HABERSE ABIERTO
A LA FIRMA EN LA CIUDAD DE ROMA
EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL "ESTATUTO DE ROMA".
27 DE JUNIO DE 2018.**

DECLARACIÓN DE LOS VEINTE AÑOS DEL “ESTATUTO DE ROMA”

CONSIDERANDO:

Que este 17 de julio de 2018 se cumplen veinte años de haberse abierto a la firma en la ciudad de Roma el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (“Estatuto de Roma”) el cual tiene por objeto la persecución, juzgamiento y castigo de los crímenes de trascendencia internacional, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión y evitar la impunidad por la comisión de tales delitos.

Que Venezuela firmó el Estatuto de Roma el 17 de octubre de 1998, el cual fue aprobado mediante la correspondiente Ley Aprobatoria y ratificado el 7 de junio de 2000, en virtud de lo cual Venezuela es un Estado parte de dicho Estatuto y además forma parte de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma.

Que Venezuela tiene la obligación frente a la comunidad internacional de legislar para implementar las obligaciones contraídas por el Estado en el Estatuto de Roma (*Pacta sunt servanda*), entre ellas la obligación de prevenir, legislar y castigar en el Derecho interno los delitos previstos en dicho instrumento.

Que a pesar de que el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra ya son delictivos conforme al Derecho internacional, los mismos deberían ser implementados en el Derecho nacional; y que la Asamblea Nacional ya cuenta con un Anteproyecto de Código de Derecho Penal Internacional, que debería ser sometido a consulta y proceder a su pronta aprobación.

Que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reafirma la aplicación de la jurisdicción venezolana para juzgar los delitos contra los derechos humanos y en particular los crímenes internacionales de lesa humanidad, así como también para hacer efectivas las indemnizaciones respectivas.

Que el Estatuto de Roma creó la Corte Penal Internacional como instancia jurisdiccional internacional de alcance mundial, complementaria de las jurisdicciones nacionales, como expresión de las obligaciones estatales de sancionar dichos crímenes internacionales. En consecuencia, cuando los Estados no cumplan oportuna y eficazmente con su obligación de sancionar los delitos internacionales establecidos en el Estatuto de Roma, se activa la jurisdicción de la Corte Penal Internacional a fin de sancionar a los responsables y reparar a las víctimas de dichos delitos internacionales.

Que mediante Comunicado de fecha 8 de febrero de 2018, la Fiscal de la Corte Penal Internacional anunció públicamente que había abierto un Examen Preliminar para analizar crímenes presuntamente cometidos en Venezuela al menos desde abril de 2017.

ACUERDA:

Proponer que el período 2018-2019 sea declarado el Año Conmemorativo del Estatuto de Roma. Estimular el estudio, difusión y debate público de todos los aspectos jurídicos, doctrinarios, jurisprudenciales, criminológicos, históricos, políticos y, en general, de todas las disciplinas que coadyuven al conocimiento y aplicación del Estatuto de Roma.

Exhortar a las demás Academias, Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas, los Colegios de Abogados, las Escuelas de Estudios Internacionales, las Cátedras e Institutos de Investigación Penal y Criminológica, y, en general, las asociaciones profesionales y expertos dedicados al estudio sistemático del Derecho Penal Internacional y otras especialidades como: el Derecho Internacional Penal, el Derecho Penal interno, el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Constitucional, la Historia, las Ciencias Forenses, las Ciencias Policiales, el Derecho Probatorio, la Criminología de Masas, la Victimología

y el Derecho Internacional Penal Económico, entre otras, a colaborar en el esfuerzo de promover en este año conmemorativo el Estatuto de Roma, mediante programas de cursos de pre y posgrado, diplomados, seminarios, jornadas, congresos y foros tanto para especialistas como para el público en general sobre la materia de Derecho Penal Internacional o Internacional Penal con énfasis en la Corte Penal Internacional y su jurisprudencia, así como de los otros tribunales internacionales.

Solicitar a la Asamblea Nacional que proceda con urgencia al estudio, debate y aprobación de la legislación interna del Estatuto de Roma en Venezuela y sus instrumentos complementarios.

Exhortar al Gobierno Nacional para que, de conformidad con las obligaciones internacionales que le incumben según el Estatuto de Roma, preste su más amplia cooperación a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en el Examen Preliminar que ha decidido emprender en relación con hechos presuntamente acaecidos dentro de la jurisdicción venezolana

Caracas, 27 de junio de 2018.

El Presidente:
Gabriel Ruan Santos

El Secretario
Luciano Lupini Bianchi

El presente Acuerdo tiene el respaldo de las Academias Nacionales siguientes: Academia Nacional de Medicina

Presidente:
Dr. Leopoldo Briceño

Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales Presidente:
Dra. Gioconda Cunto de San Blas

Academia Nacional de la Historia Directora:
Dra. Inés Quintero

Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat Presidente:
Dr. Gonzalo Morales

**PRONUNCIAMIENTO DE LAS ACADEMIAS
NACIONALES SOBRE LAS MEDIDAS
ECONÓMICAS ANUNCIADAS
EL VIERNES 17 DE AGOSTO DE 2018.
20 DE AGOSTO DE 2018.**

Las Academias Nacionales, comprometidas con el país y su desarrollo sostenible y sin inequidades, actuando según los dictados de la conciencia de sus integrantes y en conformidad con sus respectivos mandatos legales se dirigen a todos los venezolanos, preocupadas por las consecuencias de las medidas económicas anunciadas por el presidente de la República el pasado 17 de agosto de 2018.

Tales medidas han sido adoptadas sin respetar los debidos procedimientos constitucionales y con usurpación de las funciones de la Asamblea Nacional y del Banco Central de Venezuela, lo cual agravará la incertidumbre y el desconcierto de la población generados por el contenido de las decisiones ejecutivas.

Dicho paquete de medidas reconoce de forma implícita desaciertos de las políticas gubernamentales al expresar la necesidad de “anclar” la moneda, propiciar la disciplina fiscal y eliminar la emisión de dinero “no orgánico” en aras de “un nuevo equilibrio” económico. No obstante, lo anunciado tendrá repercusiones contrarias a tales propósitos.

El “anclaje” del bolívar al “petro”, para evitar un deterioro aún mayor de su valor ahora que se introduce un nuevo cono monetario, se desvirtúa por ser este un activo cuestionado y no aceptado en la zona del dólar. De lo anunciado se infiere un precio implícito del dólar cercano a BsF. 6 millones, o BsS. 60. Ello convalida la dolarización de los precios internos de los bienes y servicios ejercida a través del mercado paralelo. Ante la escasez de divisas y las expectativas adversas provocadas por la inconsistencia de las medidas anunciadas, es de prever una desestabilización aún mayor del mercado cambiario, con una mayor depreciación del bolívar, ahora llamado “soberano”. Pretender “controlar” esta situación con subastas del DICOM perpetuará irremediabilmente un mercado negro, imposibilitando la unificación de un tipo de cambio estable.

Incrementar 60 veces el salario mínimo de manera inconsulta destruirá a la empresa privada con incalculables secuelas de pérdida de empleos e ingresos, ya que esta difícilmente podrá compensar semejante aumento en sus costos con mayores precios de los bienes y servicios que produce. La propuesta de financiar durante los próximos tres meses la nómina de la pequeña y mediana industria, en el mejor de

los casos solo logrará posponer una eventual debacle. Por demás, el sector público no tiene cómo cubrir sus propios aumentos. En una economía tan devastada como la venezolana, subir el IVA en cuatro puntos y cobrar impuestos especiales a las grandes empresas generará escasos ingresos reales, pulverizados rápidamente por la hiperinflación reinante. Se esfumaría así la ansiada disciplina fiscal, más cuando hace poco el gobierno divulgó la exoneración para el año 2018 del ISLR a PDVSA, su contribuyente más importante.

Junto a la entrega de un “bono de adaptación” a la reconversión monetaria, los aumentos anunciados arrojarán a la circulación una enorme masa de dinero “no orgánico” por parte del BCV, en contra de lo expresado por el Presidente. Con esta medida se impulsa aún más la hiperinflación, lo que en muy poco tiempo disolverá el incremento salarial, empobreciendo en mayor medida a la población no sin antes trastocar severamente el ya debilitado tejido económico del país.

Enfatizamos una vez más que la única manera de mejorar el salario real en beneficio de los trabajadores es abatir la inflación y crear condiciones propicias para mejorar la productividad laboral. Ello requiere de un programa coherente y factible de estabilización macroeconómica en el marco de instituciones que inspiren confianza sobre la vigencia plena del Estado de Derecho, acompañado de las reformas necesarias para promover la inversión y la actualización tecnológica. Con un programa así, se podría estabilizar el precio del dólar en un monto significativamente menor. Solo de tal forma se contribuiría a reducir el costo del componente importado del consumo nacional y a bajar en definitiva los precios que debe pagar el consumidor. La escasez de divisas y los ingentes compromisos internacionales de pago obligan a negociar un fuerte empréstito con los organismos multilaterales, pero el gobierno se niega a hacerlo.

Finalmente, el incremento todavía desconocido del precio de la gasolina, atado a la intención de continuar subsidiándola para los poseedores del carnet de la patria, produce confusión, amén de que introduce una indebida y odiosa discriminación por razones políticas. Del precio que se establezca y la extensión del subsidio podrá inferirse su incidencia en las finanzas públicas.

Las Academias Nacionales lamentan señalar que las consecuencias de las medidas anunciadas el pasado 17 de agosto serán contrarias a los objetivos propuestos, amenazando seriamente la sobrevivencia económica de los ciudadanos. Al no poder cumplir con la disciplina fiscal ni eliminar la emisión de dinero sin respaldo, habrá de acentuarse la hiperinflación, empeorando los terribles padecimientos que hoy afectan a la inmensa mayoría de venezolanos principalmente por falta de alimentos y medicamentos y por el creciente colapso de los servicios públicos, hundiéndonos más en las inaceptables condiciones de miseria, hambre y deterioro que condicionan actualmente la vida de los venezolanos.

En Caracas, a los 20 días del mes de agosto de 2018.

Horacio Biord Castillo

Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel

Directora de la Academia Nacional de la Historia

Leopoldo Briceño Iragorry

Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Gabriel Ruan Santos

Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Gioconda Cunto de San Blas

Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas,
Matemáticas y Naturales

Humberto García Larralde

Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas

Gonzalo Morales

Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

**PRONUNCIAMIENTO DE LAS ACADEMIAS
NACIONALES CON OCASIÓN DE LA MUERTE
DEL CONCEJAL FERNANDO ALBÁN.
11 DE OCTUBRE DE 2018.**

Las Academias Nacionales, en cumplimiento de los deberes ciudadanos y de conciencia de sus miembros, así como en acatamiento de los principios y fines que rigen su existencia jurídica, se pronuncian sobre el hecho de la muerte trágica del concejal del municipio Libertador de Caracas, Fernando Albán, ocurrida el 8 de octubre de 2018, y sobre las actuaciones de los órganos del Poder Nacional ante ese acontecimiento, los cuales configuran junto con otros hechos precedentes, una peligrosa tendencia que debemos rechazar.

Es un hecho público que el concejal Fernando Albán murió mientras se encontraba detenido sin orden judicial en la sede del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN) desde el día 5 de octubre de 2018, luego de ser apresado en el ingreso migratorio del Aeropuerto Simón Bolívar de Maiquetía, y sin haber cumplido ese cuerpo policial con el deber de presentación oportuna de su persona y de su caso por ante la autoridad judicial competente, como lo establecen el artículo 44 de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Es también conocido que, sin haber realizado la debida investigación del hecho, funcionarios del Ejecutivo Nacional y el Fiscal General de la República designado por la Asamblea Nacional Constituyente manifestaron ante medios de comunicación que se trataba de un “suicidio” por lanzamiento espontáneo del concejal Albán desde el piso 10 de la sede del SEBIN, situada en la Plaza Venezuela de Caracas, sin que hubiera coincidencia ni coherencia entre las versiones de ambas instituciones del Estado.

Ante estos hechos, las Academias manifiestan, en primer lugar, que conforme a la Constitución y a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, toda persona tiene el derecho a la libertad individual y en consecuencia, no puede ser arrestada o detenida por la

autoridad que sea sino en virtud de una orden judicial, a menos de que sea sorprendida “in fraganti”, es decir, en el momento de la comisión del delito o inmediatamente después de ello. Al no ser aprehendido conforme a tales preceptos, la detención del concejal Fernando Albán fue arbitraria.

En segundo lugar, la detención del concejal Fernando Albán tuvo lugar el día 5 de octubre de 2018. Para el día 8 del mismo mes y año no había sido llevado ante una autoridad judicial, en desconocimiento del lapso establecido en la norma constitucional (art. 44.1), lo cual agrava la situación de antijuridicidad configurada en la arbitraria detención.

En tercer lugar, conforme a los principios constitucionales (art. 46 de la Constitución) y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, toda persona privada de libertad tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Estas quedan bajo la responsabilidad del Estado, a través de las autoridades y funcionarios que ejercen su custodia. Cualquier afectación de su vida e integridad personal traslada al Estado y a sus funcionarios la carga de la responsabilidad, a menos que se pruebe fehacientemente lo contrario en juicio imparcial. El concejal Fernando Albán --como en otros casos precedentes-- se encontraba bajo la custodia del SEBIN, por lo que las declaraciones de las autoridades mencionadas, manifestando ante medios de comunicación que se trataba de un “suicidio”, configuran un acto irresponsable, que además agrede la integridad moral, el nombre y la reputación de la víctima y sus familiares.

Por todo lo anterior, los hechos ocurridos deben ser objeto de una investigación imparcial, independiente, seria y oportuna, conforme a los estándares y protocolos internacionales, que permita determinar con certeza los hechos y que en su caso, identifique a los presuntos responsables, conduzca a su sanción proporcional y adecuada y repare a los familiares del concejal Albán. A los fines de cumplir con este objetivo, las Academias proponen a la sociedad y al Estado venezolanos, la conformación de una *Comisión Internacional de Expertos Independientes* con el apoyo del sistema de derechos humanos de la ONU y de la OEA, como ha sucedido en otros países latinoamericanos, a fin de que realice una investigación imparcial sobre los hechos ocurridos y presente un

informe público en breve plazo ante las autoridades competentes del Estado.

Las Academias han conocido diversos informes y denuncias públicas sobre la persecución y detención arbitraria de otros dirigentes políticos, sindicales, campesinos, indígenas y defensores de derechos humanos que los convierten en presos políticos, así como de casos de torturas y tratos crueles e inhumanos de los detenidos. Por ello, exigen a las autoridades del Estado la observación estricta de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para efectuar una detención, así como permitir la libertad de expresión crítica y de manifestación, el libre juego de partidos y de sus dirigentes y el pluralismo político; para que las personas detenidas sean presentadas ante un juez independiente e imparcial dentro de las 48 horas siguientes; para que las personas detenidas no sean aisladas ni desaparecidas, y que sus familiares y abogados tengan acceso a ellas de manera inmediata e incondicional; para que sean tratados con todo respeto a su dignidad e integridad personal, y que las autoridades y funcionarios públicos se abstengan de incriminarlos u ofenderlos mediante declaraciones públicas; y para que las violaciones y abusos a los derechos humanos sean investigados debidamente de manera imparcial, seria y oportuna conforme a los estándares y protocolos internacionales, a fin de que se identifique y sancione con el debido proceso a todos los presuntos responsables y se repare a las víctimas y sus familiares.

Finalmente, las Academias desean manifestar públicamente su más profundo pesar por los hechos ocurridos; y en estos difíciles momentos de consternación se solidarizan con el dolor de la familia Albán, de sus amigos y compañeros.

En el Palacio de las Academias, Caracas, a los 11 días del mes de octubre de 2018.

Horacio Biord Castillo

Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel

Directora de la Academia Nacional de la Historia

Leopoldo Briceño-Iragorry Calcaño
Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Gabriel Ruan Santos
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Gioconda Cunto de San Blas
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas,
Matemáticas y Naturales

Humberto García Larralde
Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Económicas

Gonzalo Morales
Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

**CARTA A LAS INSTITUCIONES
Y ORGANIZACIONES DEMOCRÁTICAS
DE VENEZUELA.
24 DE OCTUBRE DE 2018.**

LAS ACADEMIAS NACIONALES se dirigen a las distintas instituciones y organizaciones democráticas del país, a fin de manifestarles una vez más su alarma e inmensa preocupación frente a la gravedad y emergencia que representa el terrible colapso político, económico y social que se está viviendo en Venezuela, consecuencia directa de la actuación de un régimen cuya naturaleza dictatorial se expresa cotidianamente en la instauración de mecanismos de control económico, político y social sobre la población, mediante la centralización creciente de la economía y la destrucción del aparato productivo, tanto público como privado y también a través del establecimiento de una política de Estado orientada a reprimir, perseguir, amedrentar e incluso aniquilar físicamente cualquier expresión de disidencia, desconociendo abiertamente los derechos humanos y contraviniendo la Constitución vigente.

En diferentes ocasiones, mediante la publicación de numerosos pronunciamientos, hemos hecho conocer al país nuestra posición crítica y de rechazo frente a las violaciones sistemáticas de la Constitución, la ilegítima convocatoria de la asamblea nacional constituyente, los abusos de poder, la acción represiva contra las manifestaciones pacíficas, las fatales consecuencias de las medidas económicas, así como sobre otros muchos aspectos que afectan el normal desenvolvimiento de la vida de los venezolanos.

En esta oportunidad, hemos considerado de primera importancia hacer un llamado especial a todas las instituciones y organizaciones democráticas del país, a fin de actuar todos unidos en una sola dirección y bajo una misma orientación, con el OBJETIVO SUPREMO de lograr un cambio político que permita recuperar y conducir al país hacia un gobierno democrático y respetuoso del Estado de Derecho.

Es desde este impostergable OBJETIVO SUPREMO, que pedimos a las instituciones y organizaciones democráticas del país trabajar en función de lograr una acción colectiva que supere la decepcionante desunión que ha prevalecido y que permita a todos los ciudadanos desde sus propios espacios unir esfuerzos con el fin de rechazar de manera rotunda la propuesta de Constitución, que a espaldas de los venezolanos y desde la ilegitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente, se piensa ofrecer al país con el único fin de darle un espurio soporte a la continuidad de este régimen, totalmente contrario en su naturaleza y en sus prácticas a la tradición republicana y democrática, que con tanto esfuerzo han construido y defendido los venezolanos a través de su historia.

Para conseguir este impostergable OBJETIVO SUPREMO, se considera igualmente necesario urgir a las instituciones y organizaciones democráticas de todo el país a unirse en una sola voz, a fin de elaborar un plan de acción inmediato que impida la ilegítima continuación en el poder de Nicolás Maduro, más allá del 10 de enero de 2019, fecha en la cual concluye el período constitucional para el cual fue elegido y juramentado hace casi 6 años. No puede por tanto prolongarse en el poder ya que el proceso electoral realizado el 20 de mayo de 2018 se hizo al margen de lo establecido en la Constitución vigente y no obtuvo el reconocimiento ni de los actores políticos nacionales ni de una importante y significativa cantidad de países ampliamente representativos de la comunidad internacional.

En atención a lo antes expuesto, las Academias Nacionales hacen suyo el clamor de la nación y por lo tanto consideran impostergable que desde las distintas instituciones y organizaciones democráticas hagamos un esfuerzo extraordinario que nos permita alcanzar el OBJETIVO SUPREMO de establecer un nuevo gobierno respetuoso del Estado de Derecho y de los derechos humanos, y representativo de todos los venezolanos, sin exclusiones.

Caracas, 24 de octubre de 2018.

Horacio Biord Castillo
Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

Leopoldo Briceño-Iragorry Calcaño
Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Gabriel Ruan Santos
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Gioconda Cunto de San Blas
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas,
Matemáticas y Naturales

Sary Levi
Presidenta Academia Nacional de Ciencias Económicas

Gonzalo Morales
Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

**LAS ACADEMIAS NACIONALES ANTE
EL DESCONOCIMIENTO OFICIAL
DE LOS RESULTADOS DE LAS ELECCIONES
ESTUDIANTILES EN LA UNIVERSIDAD
DE CARABOBO.
06 DE DICIEMBRE DE 2018.**

Las Academias Nacionales nos dirigimos a la comunidad universitaria y al país para protestar la arbitraria sentencia emitida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual anula la decisión de la Comisión Electoral Estudiantil de la Universidad de Carabobo que declaró ganador por amplísima mayoría al Bachiller Marlon Díaz en el cargo de Presidente de la Federación de Centros Universitarios de esa Casa de Estudios en el proceso electoral estudiantil convocado para el día 14 de Noviembre del año 2018 y en su lugar proclamó como ganadora a la Bachiller Jessica Bello Barreto

Al adherirnos a las detalladas expresiones de rechazo emitidas por autoridades universitarias y organizaciones diversas, reiteramos que mediante este procedimiento ilegal se desconoce la voluntad de los estudiantes de la Universidad de Carabobo expresada en el sufragio estudiantil, con lo cual nuevamente se ataca a la academia, a la universidad y su autonomía. La imposición antidemocrática de la Bachiller Jessica Bello Barreto por vía del atropello legal se suma a la práctica reiterada del gobierno nacional de crear instancias paralelas al ordenamiento constitucional y legal.

Una vez más hacemos un llamado al ejecutivo nacional y demás poderes públicos de velar por el cumplimiento de la constitución y las leyes, a la vez que felicitamos a los estudiantes de la Universidad de Carabobo por su decidida vocación democrática y plural que hizo posible el innegable triunfo que hoy se pretende desconocer.

Caracas, 06 de diciembre de 2018.

Horacio Biord Castillo

Presidente de la Academia Venezolana de la Lengua

Inés Quintero Montiel
Directora de la Academia Nacional de la Historia

Leopoldo Briceño-Iragorry Calcaño
Presidente de la Academia Nacional de Medicina

Gabriel Ruan Santos
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Gioconda Cunto de San Blas
Presidenta de la Academia de Ciencias Físicas,
Matemáticas y Naturales

Humberto García Larralde
Presidente de las Academia Nacional de Ciencias Económicas

Gonzalo Morales
Presidente de la Academia Nacional de Ingeniería y el Hábitat

EVENTOS

**HOMENAJE AL DOCTOR ARÍSTIDES CALVANI
CON OCASIÓN DEL CENTENARIO
DE SU NACIMIENTO
(1918-2018).
30 DE ENERO DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y para mí en particular, es motivo de honda satisfacción la celebración de esta Jornada en Homenaje al doctor Aristides Calvani, destinada a difundir la imagen, el pensamiento y la obra de un hombre de múltiples facetas humanas, intelectuales, profesionales y sociales, en beneficio de quienes le conocimos, pero sobre todo en el de las generaciones más recientes de la nación venezolana. El artículo 10 de la Ley que rige nuestra Academia nos impone el deber de “honrar la memoria de los hombres prominentes de la República, que hayan prestado servicios notables en la creación y desenvolvimiento del Derecho patrio o de las ciencias políticas y sociales en general”, deber que cumplimos ahora no sólo en obsequio riguroso a la justicia, sino como manifestación de agradecimiento a lo que en vida dio a nuestro país, a la América Latina y a la humanidad en general el doctor Calvani.

En lo personal, fui alumno del doctor Aristides Calvani en los cursos anuales de introducción y filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, en la década de los años sesenta, durante los cuales la democracia naciente venció las presiones de la revolución cubana y su carga de violencia política. En los mismos años recibí sus enseñanzas de moral cristiana y del pensamiento político socialcristiano, además de ser testigo de su ejemplar conducta. De manera que puedo afirmar que fue determinante en mi formación integral la presencia del doctor Calvani, a quien debo por ello eterno agradecimiento.

El haber sido discípulo del doctor Calvani, me compromete a expresar en este momento algunos recuerdos de esa fecunda relación profesor-alumno vivida con intensidad en aquellos años de mi juventud universitaria. A diferencia de muchos profesores de las materias mencionadas, Calvani privilegiaba en su cátedra la enseñanza práctica y

actualizada del pensamiento que profesaba sobre cada tema del programa académico, por encima de las lecciones de historia de la filosofía del derecho o del recuento de las escuelas filosóficas. Con el uso de un método participativo y dialogal, diría que “mayéutico”, obligaba al estudiante a extraer de su fuero interno lo que pensaba sobre las cuestiones planteadas por el profesor, tarea en la cual se apoyaba frecuentemente en la literatura general y apelaba curiosamente al histrionismo en su oratoria, para dejar en la mente del alumno una impresión indeleble del concepto que explicaba.

Viene a mi mente el recuerdo de la lección en la que Calvani explicaba la diferencia entre la moral y el derecho, con la mente fresca de las primeras horas de la mañana. Luego de señalar las características teóricas de ambos conceptos, donde resaltaba la autonomía de la norma moral, surgida de la conciencia de cada ser humano y cuyo incumplimiento lejos de disminuir su fuerza la reforzaba, mientras que la norma jurídica establecida y asegurada por un poder externo a la persona, con su incumplimiento perdía fuerza y utilidad; Calvani traía, seguidamente, a la discusión una escena de “El Cuervo”, obra clásica del escritor Edgar Allan Poe: después de un acalorado altercado, un hombre asesinaba en el interior de una habitación a una mujer y la escena la observaba un cuervo, que se espanta de la violencia, desde una ventana. Todos los días, a la misma hora, se presentaba el ave, se posaba en la misma ventana y atormentaba al hombre con sus graznidos, razón por la cual éste cerraba la ventana para no escucharlo. Pero el cuervo picoteaba el vidrio hasta provocar la desesperación del homicida. En este punto, Calvani señalaba con énfasis, la norma moral –como el cuervo– resuena en el espíritu y repite en la conciencia su violación, cada día más y con insistencia –“never more, never more, nunca más, nunca más”– y a pesar del rechazo lleva al infractor al desespero. En cambio, la norma jurídica procedente de un poder externo, al ser violada, si no interviene la coacción, pierde fuerza hasta hacerse inútil por el reiterado incumplimiento. Este relato y sus conclusiones las acompañaba Calvani con voz estentórea, al mismo tiempo que terminaba con un gesto físico de desfallecimiento, para hacer gráfica la ineficacia del derecho generada por su contumaz incumplimiento. Todavía conservo con nitidez el recuerdo de esta anécdota de clase, que apuntala los conceptos.

En el medio universitario, era muy conocida la orientación jusnaturalista de Arístides Calvani. Sin embargo, entre los profesores y estudiantes de su época había la creencia de que Calvani profesaba un dogmatismo severo por el derecho natural. Tanto así que contraponían el jusnaturalismo de Calvani y el juspositivismo de Rafael Pizani, como si se tratara de la contraposición entre el Caracas y el Magallanes. Nada más alejado de la realidad, pues Calvani, no obstante sus principios religiosos y filosóficos, siempre conservó un espíritu crítico en relación con sus propias posiciones, que le imprimió dinamismo y sentido práctico a sus enseñanzas del Derecho (con mayúsculas). La influencia de lo social estuvo siempre en el norte de sus actuaciones, prueba de lo cual fue su actividad profesional en el derecho del trabajo y en la promoción del sindicalismo, así como también en la fundación de la Escuela de Sociología de la Universidad Católica Andrés Bello.

En relación también con el mito aludido, en el año 1966 tuve ocasión de participar en un congreso sobre reforma universitaria en la Universidad del Zulia. El mayor atractivo del evento era la polémica inducida por los organizadores entre Arístides Calvani y José Manuel Delgado Ocando. Este último centró su disertación en una anacrónica reflexión sobre la libertad de pensamiento de orientación contraria al derecho natural y a la filosofía escolástica, mientras que Calvani centró su discurso en la concepción de la universidad moderna, vinculada a la solución de los problemas reales de la sociedad contemporánea, y en particular sobre los nexos entre la universidad y la libre empresa. Creo que los asistentes quedaron sorprendidos por el cambio de perspectivas.

En el orden de ideas antes mencionado, fue trascendente para mí el curso de Filosofía del Derecho del año 1967-1968. En ese período Calvani enfocó su labor docente en la técnica de elaboración del derecho y dejó la historia de las escuelas filosóficas al profesor José Rodríguez Iturbe, también de gratísima recordación, quien regresaba en esos días de hacer estudios en Alemania. Para ese curso memorable, Calvani siguió la Teoría General del Derecho de Jean Dabin, brillante jurista belga de la Universidad de Lovaina, que a partir del pensamiento de santo Tomás de Aquino y el método jurídico de François Géný desarrolló una concepción muy práctica del derecho natural y sobre

todo de su relación armónica con el derecho positivo. Dabin, acoge la distinción elemental entre lo “dado” y lo “construido” en el derecho y su constante interrelación, siendo lo primero lo que existe “aparte de toda actividad productora del hombre” (la naturaleza física o humana, los hechos, las ideas, la historia, la tecnología ajena, etcétera) mientras que lo segundo es lo “fabricado o producido por el hombre”, pasando a ser dado lo antes construido. De allí que el derecho sea conocimiento o ciencia para lo dado y arte, técnica, creación o prudencia para lo construido. Para Dabin los datos sólo eran “datos previos”, materiales e inmateriales, atinentes al ser o al deber ser (Sein-Sollen) indispensables para la elaboración o construcción del derecho, siendo esto último lo más significativo del obrar jurídico. En este sentido, el derecho natural no sería el principio único y supremo en el cual haya de inspirarse el jurista, a pesar de que estaría entre los primeros principios de los “datos previos”.

A mi juicio, Calvani asumía la posición filosófica y metodológica de Dabin frente al obrar jurídico. Llegaba al punto de citar con frecuencia al jurista Roscoe Pound, doctrinario fundamental de la jurisprudencia sociológica o realismo jurídico norteamericanos. Por ello, opino que Calvani, en la época en que lo conocí, estaba lejos de considerar al derecho natural como un derivado exclusivo de la revelación divina o de la razón pura, así como tampoco un factor hegemónico en la formación del derecho, sino como un componente importante de lo dado en el derecho, que en combinación con el resto de los elementos aportados por la evolución de la humanidad, la sociedad, la historia, la economía y la política, integraban la base de la tarea de construcción del derecho positivo. Recuerdo cómo Calvani adiestraba a sus alumnos de aquellos años en el manejo del “instrumental técnico del derecho” y desarrollaba sus lecciones de técnica o prudencia legislativa, con alto sentido constructivo y orientado hacia la “practicabilidad de la norma jurídica”, sin descuidar los requerimientos de la justicia. Señalaba la incidencia sobre la realidad de la deformación officiosa que imponía el conocimiento jurídico con fines de regulación. El uso de las fuentes formales, la recolección de los datos previos, las definiciones, las descripciones, las presunciones, las ficciones, el cifraje de los hechos, la concentración normativa, la aptitud de los hechos para la prueba, las

directrices, la discrecionalidad, los reglamentos y demás herramientas normativas, comprendían el grueso del trabajo docente a ser cumplido. La enseñanza culminaba con la redacción de un reglamento por parte del estudiante.

Recuerdo también cómo Calvani auspiciaba desde la cátedra la libre expresión del pensamiento por parte del estudiante, sobre todo a través del diálogo que propiciaba con interesantes preguntas. En una ocasión, después de revisar las pruebas del examen, me dijo que no compartía la posición del autor que yo había seguido para explicar la justicia en el derecho, sin embargo me otorgó la más alta calificación. Esta imagen, ciertamente, no concuerda con la leyenda de su presunto dogmatismo.

En la Jornada de hoy, personas muy cercanas a Calvani -cuando vivía- y muy conocedoras de su pensamiento y obra nos ilustrarán acerca de sus múltiples facetas, no perdamos la ocasión entonces de captar con autenticidad el perfil del Maestro, quien a pesar de haber sido un personaje polémico y capaz de equivocarse, como todos los humanos que actúan en la política, deslumbró a varias generaciones con sus sabias enseñanzas y los destellos de sus originales mensajes.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, 30 de enero de 2018.

**CALVANI, JURISTA Y SOCIÓLOGO.
DR. ROMÁN J. DUQUE CORREDOR,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

Tomo prestado de Tomás Polanco el adjetivo de “Hombre de Sabiduría”, para definir a Aristides Calvani, como jurista y sociólogo. Y, de Santo Tomás de Aquino, la definición de sabio como el que tiene un conocimiento cierto de las causas más profundas de todo. Porque Calvani, fue un conocedor y estudioso, amplio y profundo de las ciencias jurídicas y en las ciencias sociales, durante su vida; y porque después de su muerte su pensamiento y obra sigue siendo una búsqueda constante del saber. Jurista lo fue Calvani, no por ser abogado, sino por haber estudiado el Derecho como ciencia, haberlo ejercido como un arte y practicado como un sacerdocio, como lo definía Aristides Calvani. Fue litigante, y con éxito y acierto en prestigioso Escritorio Jurídico. Consejero más que asesor legal. Y, al promover la justicia social como un fin del Derecho lo practicó como sacerdote, no solo al defender sus valores supremos del bien común y de la justicia, sino al defender al que más lo necesitaba. Por eso, enseñó particularmente sus fuentes que hacen del Derecho el orden para la paz, la justicia, el bien común, la seguridad y la convivencia de los individuos, de la sociedad y de las naciones. Y, cultivó y practicó el derecho social como la orientación más cercana a esos fines del Derecho. Combinando la etimología con la epistemología, fue jurista porque fue un hombre sabio del derecho positivo, del derecho natural y del derecho derivado de la dignidad de la persona. Además de experto en el conocimiento, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, como abogado, legislador y juez, en lo cual siempre tuvo la justicia como principio de orientación en cada una de esas formas del ejercicio profesional de la abogacía. Pero la ejerció con un criterio más social que formalista, pienso, por su formación neotomista, quizás por la influencia que en su formación tuvo Jacques Leclercq, abogado, filósofo, sacerdote, canónigo y profesor de la Universidad de Lovaina, con sus obras Lecciones de Derecho Natural, Ensayo de

Moral Católica e Introducción a las Ciencias Sociales. Por esa metafísica, en su cátedra de Introducción al Derecho, incluso en las universidades públicas, enseñaba que no existe ninguna oposición entre la ética y Derecho. Lo social y lo ético, eran, pues, lo característico del ejercicio magisterial, que enseñaba el Derecho con un sentido sociológico, por lo que en verdad era un jurista de la sociología o un sociólogo del Derecho, cuyas clases de Introducción al Derecho complementaban las de Sociología Jurídica, del Dr. Rafael Caldera; o las clases de Sociología Jurídica de Caldera completaban las de Introducción al Derecho de Calvani. Simbiosis esta, a la cual muchos debemos nuestra formación jurídica-social.

No es posible, pues, hablar de Calvani, solo como académico y jurista, sin vincular esta parte de su personalidad con la de las ciencias sociales y la acción social, porque por su estrecha vinculación en su saber y hacer, no se pueden separar. Esa vinculación de lo jurídico-social es un aspecto de su formación universitaria, lo cual ya manifiesta por su preocupación por los derechos de los hijos naturales, al presentar su Tesis de Doctorado en la UCV, de 1942, sobre este tema. Evidencia histórica de que en su formación como jurista no solo manejaba las leyes, sino que era capaz de formular soluciones a problemas no previstos en las leyes. Su escrito de 1947, “La Ley de Patronato Eclesiástico ante la Asamblea Nacional Constituyente”, es evidencia también de su interés de darle una regulación jurídica moderna a las relaciones entre el Estado Venezolano y la Santa Sede Apostólica y del Vaticano, como un aspecto de la separación positiva entre lo público y lo religioso, sin destruir el sentimiento mayoritario del pueblo venezolano. Esta formación de jurista se evidencia también en sus famosos “Apuntes sobre Introducción al Derecho”, de 1950.

De sus clases magistrales de Introducción al Derecho quisiera referirme a sus lecciones sobre el positivismo filosófico, de su derivación del positivismo jurídico, sobre lo cual nos remontaba al relativismo historicista y al voluntarismo neokantiano, que al principio nos parecía interplanetario, pero que cuando nos enseñaba la influencia de estas doctrinas en lo ideológico y lo político, no solo despertaba nuestra curiosidad, sino impulsaba un atractivo y un interés en su estudio, sobre todo en la época en que se discutiría por el Congreso democrático

recién electo, una nueva Constitución. Por el aprendimos, por ejemplo, que el Derecho, y su principal manifestación, la Constitución, ha de servir de marco externo o de límite a la comunidad política, cuyos valores, fines y principios no se concentran solo en ese marco, sino que también preexisten, y, que, el derecho natural, en lugar de limitar la interpretación y aplicación del Derecho lo amplía. Calvani, nos advertía que por el positivismo jurídico se introducían pensamientos totalitarios, que niegan como valores constitucionales la dignidad de la persona y su principal consecuencia, como lo es la libertad, y, de la comunidad política. Insistía en sus clases sobre los valores superiores del Derecho y del derecho natural, considerándolo fundamental para la promoción auténtica de la persona y de la sociedad; y, por tanto, lo negativo del vacío axiológico de la Constitución, en donde no se tuviera en cuenta el fundamento natural de los derechos de los ciudadanos, el concepto pleno de la libertad y el pluralismo. Nos decía que el fundamento primario del ordenamiento político jurídico, genuinamente libre, es el reconocimiento íntegro de los derechos inherentes a la persona humana, que pueden no estar reconocidos expresamente en la Constitución, pero que son tan constitucionales. Recuerdo, su lección sobre el extremo formalismo positivista, cuando nos aleccionaba diciéndonos, que la constitución que excluya los valores superiores del derecho natural tarde o temprano se traduce en un absolutismo jurídico y político. De esa enseñanza aprendimos que no hay modelos prefabricados de constitución, y, además, que su parte orgánica debe supeditarse a la parte dogmática, por lo que daba significación e importancia a las declaraciones de los derechos del ciudadano, individuales y sociales y de la familia, y, de las entidades intermedias como los sindicatos. Y, como sociólogo, también decía que la tarea constituyente no es exclusiva de los constituyentes, sino tarea también del pueblo, que debe hacer valer su voluntad con su opinión y con su voto, porque el único y genuino constituyente es el pueblo, la sociedad civil, del cual los constituyentes son sus delegados. Aparte de la consideración del moderno iusnaturalismo, Calvani como jurista, con orientación social, enseñaba que el Derecho tiene su raíz en la naturaleza del hombre, es decir, del principio antropológico en la ciencia jurídica. Por lo que el sujeto de la ciencia jurídica es la persona humana su objeto inmediato la justicia, es

decir, el conocimiento de lo que es justo y de lo que es injusto, y que la norma jurídica ha de tratarse de traducir como valor lo justo, porque es la base de la paz, del orden y de la convivencia, para lo cual indicaba la equidad como la justicia más concreta.

Jurista, no es solo el que cultiva y estudio el Derecho, sino también el hombre de la justicia, por lo que Calvani, también se preocupó por la crisis del derecho en los tiempos contemporáneos, analizando sus causas, sus efectos y orientando sobre sus remedios. Para él lo determinante de esa crisis lo es el olvido de la naturaleza humana del Derecho, es decir, su dignidad, por lo que ese olvido es lo que determina el abuso del derecho y la arbitrariedad de la autoridad. Nos refería la grave crisis de conciencia de una generación de juristas ante los postulados ideológicos del Estado ético único, que había originado experiencias dramáticas del totalitarismo. En las cuales los instrumentos jurídicos servían para usos políticos condenables y para el fortalecimiento de los regímenes totalitarios. También tenía muy presentes las conclusiones trágicas y falaces a las que podía llegar una concepción puramente positivista del derecho, hasta esas graves violaciones de los derechos humanos que fueron los campos de exterminio y el mismo inmenso conflicto mundial.

En su experticia como Canciller resaltó en el Derecho Internacional su visión del Derecho como instrumento de la unión y de la solidaridad universal, lo que en sus discursos ante organismos internacionales desarrolló ampliamente y que hoy son textos de estudio y de consulta de actualidad, sobre todo en lo relativo a los procesos de negociaciones sobre los acuerdos de paz. Sus análisis y reflexiones sobre los temas de la violencia y de cómo luchar contra ella para conseguir la paz donde hay guerra y de cómo evitarla cuando hay paz, constituyen hoy “doctrina calvani de la negociación para la reconciliación en busca de la paz”.

Lo judicial no le fue extraño puesto que de 1959 a 1961 fue Vocal de la Corte de Casación, donde sus sentencias son referencia del antiformalismo y de interpretación progresiva del Derecho, fundamentalmente del Derecho Laboral, y por tanto antecedentes del tratamiento jurídico del trabajo como un hecho más que como una forma contractual.

Y a su criterio antiformalista se le debe la interpretación que recogió la jurisprudencia de Casación y después el Código de Procedimiento Civil de 1986, que la sola de la parte promovente del testigo en el acto de su declaración se debe entender como insistencia en que se le tome declaración, aunque no hubiere insistido en ello si el testigo hubiera sido tachado. Tampoco la función legislativa le fue extraña, puesto, que, como Diputado, además de haber presentado leyes, como las del subsidio familiar, de estabilidad laboral y de libertad sindical, intervino en forma determinante en la elaboración del proyecto de Constitución de 1961, y en las discusiones parlamentarias su discurso “Sobre la inmunidad Parlamentaria”, sentó la tesis de su naturaleza de privilegio funcional más que personal.

La formación en Ciencias Sociales fue otro campo de la actividad intelectual y de la acción de Calvani. Ya en la Revista SIC, N° 83 de 1946 aparece su colaboración en el II Seminario Interamericano de Estudios Sociales. Y, junto con su esposa Adelita Abbo, escribe en la misma Revista, N° 223 de 1960, el artículo “El Problema Familiar como problema social”. Posteriormente comienza a desarrollar la idea del desarrollo comunal y de la promoción popular, con su trabajo para el Instituto Venezolano de Acción Comunitaria, en 1962, sobre “Defensa de la Comunidad”. Y para el IDES, su ensayo en 1965, sobre “instauración de las estructuras políticas más favorables para el desarrollo del país”. Así como su escrito de 1967, para el IFEDEC “Sicología Social. Los instintos y tendencias”, e, “Introducción a la realidad social”, en 1968, para el Programa Extraordinario de COPEI. Sobre la acción social y la promoción popular, ha dicho Eduardo Fernández que “la primera vocación de Calvani y la predominante a lo largo de toda su vida fue la cuestión social. Él llegó a la política a partir de su preocupación por la gente, por la dignidad de la persona humana, de cada una y del conjunto de ellas”. En ese orden de ideas, por ejemplo, la “Promoción Popular”, que había sido un tema central en el programa de Rafael Caldera, en la campaña electoral de 1968 fue obra principal de Aristides Calvani y de su esposa, a quien se le encargó como tarea gubernamental, en el gobierno de Caldera de 1969-1974. Y que Adelita de Calvani, definió, “como la organización del pueblo para que pueda

participar en la determinación de su propio destino”, en la entrevista que Carlos Rangel y Sofia Imber, le hicieron junto con su esposo, en fecha 28 de abril de 1964.

No es de extrañar, pues, que a Aristides Calvani se le debe los estudios especializados de Ciencias Sociales, como una carrera universitaria dentro de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la UCAB, que anteriormente solo contaba con las Escuelas de Economía y de Administración Comercial. La Escuela de Ciencias Sociales se fundó e inició sus actividades bajo su dirección, en septiembre de 1959, que en sus inicios abarcaba tres carreras; Sociología, Servicio Social y Relaciones Industriales, bajo la orientación, sin duda, de Calvani de obtener investigadores sociales de los fenómenos sociales, en la carrera de sociología y de servicio social, y de las relaciones de trabajo y de convivencia en el ámbito de la empresa de la carrera de Relaciones Industriales. En los momentos en que se fundó la Escuela de Ciencias Sociales de la UCAB, la Sociología había adquirido la condición de ciencia especializada como disciplina que estudia las relaciones entre personas y grupos sociales, así como la dinámica y estructura de las sociedades y los procesos de cambio en la vida cotidiana, en la cultura y en las instituciones. Lo que para 1959 era de gran importancia por los cambios políticos que suponía la caída de la dictadura perezjimenista, puesto que de la profundización en el conocimiento de la realidad nacional, de las tensiones y conflictos existentes, y los desafíos de un crecimiento económico sin desigualdad social, eran retos y por tanto temas de interés de los sociólogos. Por mi parte, sin ser sociólogo, creo que ante la tesis de la Sociología como presupuesto de la Economía, del Derecho y de la Política, o, del estudio de sus resultados, Calvani, en el diseño de la naciente Escuela de Ciencias Sociales, siguió un concepto amplio de la Sociología como la ciencia de la sociedad y de los elementos y principios, en conjunto, mucho más amplio que el de las otras ciencias sociales jurídicas, económicas y políticas. Es decir, una visión omni-comprendensiva que permita interpretar la totalidad de las relaciones orgánicas en la sociedad en los procesos históricos. Por la importancia que Calvani dio al individuo, a la familia y a las entidades intermedias de la sociedad, su orientación sociológica se basa en el libre albedrío y la responsabilidad individual, en lugar, de la orientación determinista de

la Sociología, que afirma que es la sociedad la que determina la conciencia y las acciones de los individuos. Es decir, que la persona es la que moldea la sociedad en lugar de que se moldeada por la sociedad. Según esa cosmovisión de la totalidad de las relaciones sociales, en donde son importante el libre albedrío y la responsabilidad personal, en donde cada persona es valiosa y capaz de contribuir a la sociedad, sin embargo, por su acción social, para Calvani valoraba tanto a los individuos como a las instituciones sociales, porque los hombres fueron creados como seres sociales, por lo que reconocía el papel que la sociedad juega en la historia. En este orden de ideas, basta señalar que a Arístides Calvani y a su esposa Adelita, se les debe lo que podría llamarse un “Método de Trabajo Social de Organización y Desarrollo de la Comunidad”. Puede decirse, en consecuencia, que por su pensamiento y su acción social, Arístides Calvani, no fue un sociólogo determinista, sino un sociólogo integral, por lo que asumió una posición contraria al individualismo liberal o economicista y al totalitarismo marxista; que destacó el papel social de la familia, el sindicato, la Iglesia, el Estado y las asociaciones intermedias, como la empresa libre , y el sindicalismo libre e independiente, para cuyo estudio y formación creó el Instituto Nacional de Estudios Sindicales y la Central Latinoamericana de Trabajadores.

Académicos y distinguidos asistentes, podrán ustedes comprender por qué en justicia se puede distinguir a Arístides Calvani, dentro de nuestros personajes históricos, como jurista y sociólogo, como “Hombre de Sabiduría”, como lo denominé al comienzo. Porque en las Ciencias Jurídicas y Sociales ejerció su oficio como un sabio.

**CALVANI, FILÓSOFO.
PROF. JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN**

Constituye un compromiso especial para nosotros el poder dedicar nuestra reflexión de hoy a un hombre que con su trayectoria vital logró demostrar lo que George Santayana señalaba como la tarea más difícil del filósofo: “actuar de acuerdo con lo que uno cree y no actuar de acuerdo con aquello que uno no puede apoyar”¹. Esa honestidad presente en el pensar y en el actuar caracterizó todas las expresiones de vida del Dr. Calvani. Su dirección fundamental lo llevaba a dejar de lado las “sinrazones” del acontecer diario para concentrarse en aquellos hechos fundamentales que determinan nuestra esencialidad como personas humanas. Como diría el mismo Santayana ya citado “el último tema de la filosofía y de la vida diaria es la salvación de nuestra alma”².

Porque en Calvani la dimensión integral del hombre no admitía rupturas oportunistas para continuar con un pretendido diálogo que no es tal si nos obliga a renunciar a los imperativos más absolutos de la persona humana. En Calvani la religión era más una manifestación de alegría ante la vida que una consolación frente a nuestras pérdidas y a nuestra finitud. Pero esas fuertes convicciones no impedían a Calvani entender –tal como lo señalaba Jacques Maritain en el Humanismo Integral– que la estructura política requiere un pluralismo mucho más acentuado que el de la Edad Media. Eso no le quita a esa nueva sociedad que resulte de ello conservar algo de sagrado para utilizar la frase de Maritain en el libro que acabamos de mencionar: En efecto señala el filósofo francés: “pero aún conservarían algo de sagrado; no los sagrados intereses materiales de una clase, ni el sagrado prestigio de una nación; menos aún la sagrada producción de una colmena estatista, sino algo ya verdaderamente sagrado, la vocación de la persona humana por

¹ SANTAYANA, George. Citado por: LACHS, John. *Freedom and Limits*. Fordham University Press, New York, 2014, p. 27.

² SANTAYANA, George. *Ob. cit.*, p. 20.

la realización espiritual y la conquista de una verdadera libertad, con las reservas de integridad moral que ésta requiere”³. Lo anterior ratifica en el Dr. Calvani su esfuerzo por poner en práctica frente a los ataques de ideologías de derecha o de izquierda la “ética de la tolerancia”.

En otro orden de ideas Calvani –como Santo Tomás de Aquino– mantuvo un fino equilibrio entre lo real que nos viene del mundo y lo espiritual. Su aguda forma de ver las cosas no le impidió reconocer que hay elementos del mundo que son independientes de nuestras elecciones. En él la pretendida dicotomía entre hechos y valores, preconizada por Hume, no tiene lugar. Calvani en su oposición clara al positivismo trató de desmontar la tesis de que el derecho es solamente un tema de hechos. Hilary Putnam citado por Julio Rodríguez Berrizbeitia en *Integración y Orientación en la obra Filosófica de Dworkin, Putnam y Hart: Relación del Filósofo y el Jurista con el Mundo de Hoy* señala:

Cuando concebimos hechos y valores como cosas independientes, lo típico es pensar que los hechos se enuncian en alguna jerga fiscalista o burocrática, y que los valores necesitan de términos de valor más abstractos, por ejemplo bueno o malo! Pero es difícil seguir manteniendo la independencia de los hechos con respecto a los valores cuando los mismos hechos son del tipo de “poco amable”, “piensa solamente en sí mismo”, “haría cualquier cosa por dinero”. Así como criticamos a un descriptor que no emplee los conceptos de mesa y silla cuando se le exige su uso, quien no observe que alguien es amable o espontáneo puede exponerse a ser tachado de imperceptivo o superficial; su descripción no es una descripción adecuada⁴.

En Aristides Calvani ese análisis integral del ser humano –tal como se desprende de su análisis de la relación entre la moral y el derecho– lo lleva a adoptar –siguiendo a Maritain– una ética cósmico-realista. El

³ MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral*. Biblioteca Palabra. Ediciones Palabra, Madrid, 1999, p. 228.

⁴ RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio. *Integración y Orientación en la obra Filosófica de Dworkin, Putnam y Hart: Relación del Filósofo y el Jurista con el Mundo de Hoy*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Católica Andrés Bello, Serie Estudios, N° 110, Caracas, 2015, p. 96.

concepto es explicado por Maritain en sus Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral en los siguientes términos:

Decimos ética cósmica, esto es fundada sobre una visión de la situación del hombre en el mundo; decimos ética realista, esto es fundada en realidades extramentales que constituyen el objeto de una metafísica y de una filosofía de la naturaleza. Esta ética es a la vez, y esencialmente, de carácter experimental y de carácter normativo⁵.

Calvani fue profesor de Lógica, Filosofía Jurídica e Introducción al Derecho. Gracias a apuntes tomados en clase por Emiliano Hernández nos han quedado algunas de sus ideas con respecto al Derecho. Comentemos brevemente algunos de los comentarios de su Introducción al Derecho⁶ y el peso que tienen a la hora de formarnos un concepto acerca del mismo, no sin dejar de advertir que el autor que comentamos no llega a poner bajo la lupa la conceptualización del Derecho en términos como los expresados por Hart en su conocida obra El Concepto del Derecho⁷. En lo que sí se aproximan es en dos aspectos esenciales para la Filosofía del Derecho. Uno se refiere al concepto de “reglas” y el otro a la consideración del Derecho como reglas impuestas por un mandato bajo la amenaza de una sanción. Con respecto a concebir el Derecho como reglas Calvani es claro al afirmar que no todas las reglas son jurídicas ya que existen otras reglas como las morales, las religiosas y las sociales⁸. En el caso de Hart se pretende diferenciar a la regla jurídica de la que no lo es (la moral y la social por ejemplo).

La teoría de Hart es extremadamente sencilla se parte de la idea de que el Derecho es un sistema de reglas estructuralmente similares, en su forma y en su función, a cualquier regla de un juego (Chess or cricket). Las reglas son de diferentes clases, con funciones complementarias. Algunas son primarias y gobiernan directamente la conducta. Dichas

⁵ MARITAIN, Jacques. Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral. Club de Lectores, Buenos Aires, 1966, p. 7.

⁶ CALVANI, Aristides. Introducción al Derecho. Apuntes de Clase redactados por Emiliano Hernández, Alma Mater, Segunda Edición, Caracas, 1958.

⁷ Ver HART, H.L.A. El Concepto del Derecho. Abeledo Perrot, Buenos aires, 2004.

⁸ CALVANI, Aristides. Ob. cit., p. 1.

reglas no son suficientes porque nos llevarían a un mundo jurídico de incertidumbre, ineficiencia y paralización. Por eso hacen falta las reglas secundarias que Hart clasifica como de reconocimiento, adjudicación y cambio⁹. Con respecto a la amenaza de una sanción para cumplir con la regla vemos como en Calvani el concepto está presente y en ello parecen estar de acuerdo autores del positivismo lógico como Kelsen. En Hart se rechaza esto último en la crítica que se hace de la famosa obra del jurista inglés John Austin (1790-1859) titulada *The Province of Jurisprudence Determined*¹⁰. Lo señalado anteriormente pone de relieve el interés de dos juristas sobre temas capitales para la determinación del Derecho a pesar de sus diferencias filosóficas.

Calvani tomando elementos de los profesores de la Universidad de Lovaina Jean Dabin (*Teoría General del Derecho*, 1944) y Jacques Leclercq (*Las Grandes Líneas de la Filosofía Moral*, 1954) nos aproxima a lo que él llama “el ser del Derecho” y “el parecer del Derecho”¹¹. Desde esta perspectiva el Derecho natural (el Derecho que es) es el conjunto de normas dada por la naturaleza de las cosas, concretamente la naturaleza humana. Frente al Derecho natural está el Derecho como disciplina social tal como lo define y aplica el Estado con la nota coercitiva a la cual ya hicimos referencia. Para Calvani cuando hablamos de Derecho natural nos situamos en el plano normativo y no en el de los hechos. Por ello es tan significativa la diferenciación hecho-valor a la cual ya hicimos referencia. Pero es en el tema relativo a los principios del Derecho natural donde Calvani aporta un resumen de gran valor: Hay que hacer el bien; hay que conducirse conforme a la razón; en materia de la conservación de la vida es un imperativo “no matar”; hay una necesidad natural de vivir en sociedad; hay que ser fiel a la palabra dada¹². En lo planteado por él hay una coincidencia con lo que después diría John Finnis en su *Ley Natural y Derechos Naturales*. En tal sentido indica Finnis:

⁹ Ver LACEY, Nicola. *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 225.

¹⁰ Ver el excelente estudio de: RUMBLE, Wilfred E. *The Thought of John Austin*. The Athlone Press, London and Denver, 1985, pp. 60 y ss.

¹¹ CALVANI, A. ob. cit., p. 5.

¹² CALVANI, A. ob. cit., p. 8.

Hay una serie de principios prácticos básicos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar, y que son usados de una manera u otra por cualquiera que reflexiona acerca de qué hacer, no importa cuán errónea sean sus conclusiones; y una serie de exigencias metodológicas básicas de la razonabilidad práctica que distinguen el pensamiento práctico correcto respecto del incorrecto, y que, cuando se hacen todas operativas, proporcionan los criterios para distinguir entre actos que son razonables –consideradas– todas las cosas y actos que son irrazonables –consideradas todas las cosas¹³.

En el análisis de Calvani el orden de la Filosofía del Derecho, el Derecho de los filósofos o Derecho de los moralistas, no puede reducirse a una mera forma de distribuir facultades entre todos los sujetos vinculados. Para hacer eso, insiste, es menester tener una idea de un orden superior que le sirva de patrón. En él está presente siempre ese orden cósmico-realista al cual se refería Maritain. En el fondo una profunda relación entre el Derecho y la Moral hace que esta última se constituya en elemento esencial de cualquier consideración filosófico-jurídica.

Así siguiendo a Gustav Radbruch trata de explicar como del choque de las facultades atribuidas a cada hombre surge como mecanismo de coordinación el Derecho positivo de tal manera que para la jurisprudencia la serie lógica podría mostrarse así: mediante el Derecho objetivo surge un deber jurídico y a través de este (posiblemente) un Derecho subjetivo. Para la Filosofía del Derecho la consideración lógica es otra: por causa del Derecho moral el Derecho subjetivo se nos revela y en mérito de este el Derecho objetivo y el deber jurídico. Probablemente la siguiente frase de Radbruch en su Filosofía del Derecho explique esa intrincada relación entre el Derecho y la Moral que estuvo en la consideración del jurista Calvani: “Tan sólo puede hablarse de normas jurídicas, de deber ser jurídico, de validez jurídica, de deberes jurídicos, cuando el imperativo jurídico ha sido investido, en la propia conciencia, de fuerza moral de obligar”¹⁴.

¹³ FINNIS, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 57.

¹⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. Colección Clásicos del Derecho, Editorial Reus, Madrid, 2007, p. 102.

En su recuento de lo que Calvani llama “estudio de las doctrinas sobre el Derecho positivo” donde realiza con gran lujo de detalles y precisión una enumeración de tales doctrinas se refiere, en líneas generales a: El Jus naturalismo; el Historicismo jurídico; el Sociologismo; el Positivismo jurídico; el Axiologismo jurídico y el Neo jusnaturalismo entre otras¹⁵.

No podemos en esta oportunidad comentar todas sus opiniones con respecto a las teorías que acabamos de mencionar. Sin embargo hay cuatro elementos a considerar en el análisis del profesor Calvani:

Su crítica al Positivismo jurídico que afirma que el Derecho no es más que una simple noción unitaria que se obtiene por inducción como cualquier otro hecho. Recordemos que para Kelsen: “Con una falta total de sentido crítico la ciencia del Derecho se ha ocupado de la Sicología y la Biología de la Moral y la Teología”¹⁶.

Por su parte Otto Neurath, criticando incluso a Kelsen, señala que uno de los objetivos del llamado “Círculo de Viena” es crear un clima que sea libre de la metafísica para poder promover los estudios científicos a través del análisis lógico¹⁷.

El tiempo parece haber dado, en parte la razón a Calvani, cuando autores como Carla Faralli han señalado la “Crisis del positivismo jurídico contemporáneo que ha producido entre otros efectos “la denominada teoría constitucionalista, neoconstitucionalista o principalista del Derecho y la nueva tendencia del Derecho natural o neojusnaturalismo”¹⁸.

Calvani acoge con convicción al jusnaturalismo no sólo como una posición teórica a explicar a sus alumnos sino como una forma de hacer Derecho. Así señala: “El Derecho natural justifica al Derecho positivo y lo orienta, es su fundamento y brújula; el Derecho positivo desarrolla

¹⁵ CALVANI, Aristides. Ob. cit., pp. 12 y ss.

¹⁶ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977, p. 16.

¹⁷ NEURATH, Otto. Sociology and Physicalism en Logical Positivism. A.J. Ayer Editor. A Free Press Paperback, Macmillan Company, New York, 1959, pp. 14, 307 y 308.

¹⁸ FARALLI, Carla. La Filosofía del Derecho Contemporánea. Universidad Complutense, Hispania Libros, Madrid, 2007, p. 81.

las posibilidades históricas del Derecho natural. Tal como señala Finnis citado por Carolina Pereira Sáez: “solo la doctrina de la Ley natural puede justificar la autoridad del Derecho, de modo de afirmarla coherentemente”¹⁹.

Calvani a través del estudio del “sociologismo jurídico” está perfectamente consciente de su “extracción filosófica positivista” no obstante no deja pasar por alto la existencia de fenómenos propiamente sociales que no pueden ser explicados por la sola consideración de los individuos. Lo anterior tiene su reflejo práctico en la comprometida actividad social de Calvani que lo llevó a ser, entre otras cosas, promotor de la Escuela de Estudios Sociales de la Universidad Católica Andrés Bello en septiembre de 1959.

Calvani reconoció la riqueza intelectual que implicaba la “axiología jurídica” y la fenomenología. Especialmente en su concepción de la justicia frente al positivismo. Tal como señala Alfred Stern:

“...el Derecho natural está lejos de representar un problema puramente jurídico. Es, por el contrario, un problema cuya solución interesa a la Filosofía moral, a la Filosofía de la Historia y a la filosofía del Derecho. Lo justo y lo injusto son, en efecto, valores; y son valores morales, en el sentido de que el Derecho constituye el mínimo ético”²⁰.

Con respecto a la fenomenología, considerada por Calvani, en los últimos tiempos hemos visto un gran interés por ella no sólo como filosofía a través de obras como la de Husserl, Scheler, Santa Edith Stein, Van Hildebrand y Reinach. Este último ha sido estudiado como filósofo jurista por su extraordinaria monografía “Los fundamentos a priori del Derecho Civil”²¹.

En otro orden de ideas Calvani criticó el dogma kantiano de la separación entre la Moral y el Derecho. No deberíamos hacer mucho

¹⁹ PEREIRA SAEZ, Carolina. La Autoridad del Derecho. Un Diálogo con John M. Finnis. Editorial Comares, Granada, 2008, p. 173.

²⁰ STERN, Alfred. La Filosofía de la Historia y el Problema de los Valores. Eudeba, Buenos Aires, 1965, p. 166.

²¹ REINACH, Adolf. Los Fundamentos a priori del Derecho Civil. Editorial Comares, Granada, 2010.

hincapié en su énfasis en que el Derecho tuviera una fundamentación moral. Para él la moral (siguiendo a Radbruch) no solo es un fundamento para la validez del Derecho sino también un fin. En su consideración de los fines del Derecho adicionalmente están la justicia, el bien común y la seguridad jurídica. Su concepción del bien común está profundamente imbricada dentro de la teoría tomista seguida por Maritain. Con respecto a la justicia debe ser caracterizada dentro de una posición en la cual otros fines deben ser considerados. Calvani dentro de su realismo tomista sabe que ello no siempre es así, lo cual no le impide asumir el problema. Así señala que el Derecho persigue a la justicia en detrimento de la seguridad y del bien común a pesar de que cada uno de ellos constituye un fin del Derecho. Nuestros esfuerzos de equilibrio y de establecer una jerarquía objetiva se enfrentan con el posible predominio de uno de ellos, a las condiciones imperantes.

El jurista Calvani confronta, como todo jurista, con su arsenal de valores, la necesidad de dar una respuesta jurídica a los requerimientos sociales. A veces la ponderación de Robert Alexy no es suficiente. Pero para el hombre de fe el recurso a Dios siempre está presente. La idea de Calvani acerca del Derecho está profundamente enraizada dentro de lo que podríamos llamar una concepción polivalente de los fines del Derecho (todos tienen el mismo valor). Cuando se pregunta acerca de si es posible realizar la justicia en un régimen injusto responde categóricamente que no: No puede hacerse porque los fines del Derecho se hallan concatenados íntimamente²². Por ello en contra del positivismo jurídico que pretendía convertir a la justicia como un simple estado de conciencia perfectamente subjetivo reaccionaba advirtiendo de los peligros de esa posición. Quizás sus palabras fueron proféticas cuando señaló:

En nuestros días cuando el Derecho se encuentra en una etapa de profunda crisis en la cual se considera a la fuerza como imprescindible en la naturaleza misma del Derecho, se anhela una idea de verdadera justicia, de equilibrio. Así pues vuelve la justicia a ser la preocupación constante en el camino del Derecho²³.

²² CALVANI, Aristides. Ob. cit., p. 55.

²³ CALVANI, Aristides. Ob. cit., p. 44.

Como en el caso de Adam Smith y sus lecciones de Jurisprudencia tomadas por sus alumnos en Calvani debimos recurrir a un caso semejante. Ello no impide rescatar de sus lecciones esa forma inspiradora en que practicó y enseñó el Derecho. Su consejo con respecto a la jurisprudencia sigue teniendo plena vigencia: “La jurisprudencia debe ser la vanguardia de la legislación, es ella la que debe ir constituyendo las orientaciones necesarias para las nuevas leyes que se han de dictar. En general debe representar la conciliación entre la estática legislativa y la dinámica de la vida social”²⁴.

En todo su pensamiento filosófico y su plan de vida está presente el modelo de Santo Tomás seguido por Maritain. En el trabajo que preparó en 1978 acerca de La influencia de Maritain sobre el pensamiento político-social en Venezuela publicado por Roberto Papini²⁵ hizo un recuento interesante de cómo la obra de Maritain había influido sobre los dirigentes venezolanos a la hora de orientar su acción político-social.

De algunas de sus ideas expresadas en ese trabajo y otras formuladas por Calvani podríamos, para no abusar de su paciencia, mencionar solo algunas. Probablemente –como lo refleja el trabajo ya señalado– una de las obras que más influencia tuvo en la dirigencia venezolana de orientación cristiana fue El Humanismo Integral de Maritain. Frente a posiciones ultraconservadoras y radicales Maritain nos plantea “las probabilidades históricas de una nueva cristiandad”. Su división del análisis se realiza considerando dimensiones internas y cronológicas. Dicha consideración permite diferenciar los momentos –como corresponde a un adecuado análisis de la historia– que deben transitarse en una situación dada de desarrollo de la cristiandad a una nueva que Maritain expresa como:

...un segundo período, después de esta liquidación histórica, hay derecho, a nuestro juicio, a esperar una realización completa (no perfecta) del ideal histórico de una nueva cristiandad... De cualquier manera, un esfuerzo cristiano de renovación social- temporal encuentra así –y esto es cosa importante una escala y puntos de referencia con los cuales puede ser definido. Y ya se trate de una

²⁴ CALVANI, Aristides. Ob. cit., p. 185.

²⁵ PAPINI, Roberto. Jacques Maritain e la società contemporanea. Milán, Massimo, 1978, pp. 342 y ss.

realización más o menos precaria en un porvenir próximo ya de una realización completa en un porvenir lejano, es en el tiempo mismo y en la historia terrestre donde tiene su punto de mira: y de aplicación a diferencia del esfuerzo propiamente espiritual y religioso que tiende directamente a la vida eterna; y es ahora ya cuando el ideal histórico a que corresponde debe ejercitar su fuerza dinámica y orientar la acción²⁶.

Entre esas cosas que pueden orientar la acción debemos considerar las dimensiones internas de la espiritualización de las masas y de la reintegración de las mismas. En la consideración de lo anterior el filósofo francés aporta elementos decisivos para la renovación cristiana de lo temporal y para una actividad político-social orientada por tal renovación. Desde esta perspectiva nos obliga a analizar, entre otros temas, nuestra concepción de lo político y lo económico. En cuanto a lo económico proclama con Amintori Fanfani “que el capitalismo es ante todo espíritu”. En lo político habla de un “politicismo superado”. Para Maritain el dominio de lo político y social es por sí mismo un dominio, no tan solo técnico sino ante todo y esencialmente humano, es decir, ético o moral. Lo anterior exige considerar al bien político como un bien digno, por sí mismo, de servir de fin a la acción humana (*bonum honestum*) y configurar una ética política específica que persiga el logro del bien común no porque sea un objetivo más de la política sino porque él es fundamentalmente un bien moral. “La subordinación de la política a la moral –a la verdadera moral– precisamente porque ella misma es moral, es una subordinación humana, práctica y practicable y no inhumana o antihumana, impracticable y geométrica”²⁷ como señala el filósofo francés.

En el tema de la reintegración de las masas Maritain propone un cambio de consideración de los conceptos que han permitido la utilización de la persona humana. Así señala:

Para el cristiano, lo que une y enlaza a quienes han de trabajar en una renovación temporal del mundo es, ante todo –sean cuales

²⁶ MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral*. Ob. cit., pp. 307 y 308.

²⁷ MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral*. Ob. cit., p. 268.

fueran la clase, la raza o la nación a que pertenezcan— una comunidad de pensamiento, de amor y de voluntad, la pasión de una obra común por realizar, comunidad no material biológica, como la de raza, o material sociológica, como la de la clase, sino verdaderamente humana²⁸.

Calvani como asesor jurídico de movimientos sindicales entendió y practicó lo señalado por Maritain en el sentido de que los trabajadores son los propios artífices del cambio a realizar para alcanzar una vida más digna.

El Humanismo Integral de Maritain fue un libro de enorme importancia para los que como Calvani asumieron una forma cristiana de hacer la política. Un modo de vida comprometido con valores religiosos y morales. Pero a diferencia de otras etapas históricas de la humanidad comprometido con el pluralismo y la tolerancia. No es por accidente o refinamiento filosófico que Maritain distinguía entre “la tolerancia dogmática, que tiene por un bien en sí la libertad del error, y la tolerancia civil, que impone al Estado el respeto a las conciencias”²⁹.

Calvani el jurista asumió al bien común como un fin del Derecho. Pero Calvani el filósofo, siguiendo a Maritain entendió que el bien común no es solamente un conjunto de ventajas y de utilidades, sino rectitud de vida, fin bueno en sí, al que los antiguos llamaban bonum honestum. El tema no deja de ser importante en la mente de un político que tiene que renunciar muchas veces a lo útil, para ser consecuente con el bonum honestum. Tal como señala Maritain en *La Persona y el Bien Común*:

...la perfidia, el menosprecio de los tratados y de la fe jurada, el asesinato político y la guerra injusta pueden ser útiles a un gobierno, y procurar, por el momento al menos, ciertas ventajas a los pueblos que de esas cosas echan mano; más esos medios llevan por naturaleza, en cuanto a actos políticos, es decir, en cuanto orientan en cierto modo la conducta común, a la destrucción del bien común de esos pueblos³⁰.

²⁸ MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral*. Ob. cit., p. 287.

²⁹ MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral*. Ob. cit., p. 216.

³⁰ MARITAIN, Jacques. *La Persona y el Bien Común*. Club de Lectores, Buenos Aires, 1968, pp. 59 y 60.

Calvani fue un demócrata cuya reflexión acerca del poder y la autoridad ha debido detenerlo a reflexionar en más de una oportunidad. Quizás como Maritain en *Los Principios de una Política Humanística* se haya planteado el origen del sentimiento democrático. Para Maritain en la obra señalada “En el origen del sentimiento democrático –tomado en su verdad humana– no hay más que el deseo de obedecerse a sí mismo; el deseo de obedecer aquello que es justo”³¹.

Pero no podía escapar al análisis de Calvani lo que Maritain señaló en la obra que acabamos de mencionar:

Lo que nosotros llamamos democracia o comunidad de hombres libres es, por definición, un régimen político de hombres cuya base espiritual es –única y exclusivamente– la Ley y el Derecho. Tal Régimen es por esencia opuesto al maquiavelismo e incompatible con él. El totalitarismo vive por el maquiavelismo pero el maquiavelismo mata a la libertad³².

El Calvani hombre de fe y el político cristiano han debido armonizar como él lo hizo en muchas oportunidades los requisitos de lo temporal con lo espiritual. En su consideración es probable que haya pensado en algunos de los lineamientos expuestos por Maritain en *El Hombre y el Estado*:

No basta ser piadoso, justo y santo para ser un buen político. Falta también el conocimiento de las técnicas útiles al servicio del bien común; pero también es necesario, y lo es principalmente, el conocimiento de los valores humanos y morales comprometidos en este bien común, el conocimiento del campo de realización social y política, y si se me permite decirlo, del rostro político de la justicia, de la amistad fraterna, del respeto de la persona humana y de otras exigencias de la vida moral³³.

Probablemente tendríamos que volver a encontrarnos con el Dr. Calvani para descifrar algunos de los planteamientos de Maritain que

³¹ MARITAIN, Jacques. *Principios de una Política Humanista*. Editorial Difusión, Argentina, 1969, p. 49.

³² MARITAIN, Jacques. *Principios de una...* Ob. cit., p. 196.

³³ Citado por Henri BARS en *La Política según Maritain*. Ver BARS, Henri. *La Política según Maritain*. Editorial Nova Terra, Barcelona, 1966, pp. 69 y 70.

nos interrogan hoy en día con respecto a la política tales como: el rol de la libertad; el bien común; persona e individuo; la democracia y su futuro; las probabilidades históricas de una nueva cristiandad; el fin de la política; civilización sacra y secular, etc. Lo anterior no va a ser posible pero de lo que sí estamos seguros es que Calvani poseía eso que Max Scheler llamaba “cierta actitud moral de la persona entera lo cual era condición previa para alcanzar la claridad meridiana de una convicción filosófica”³⁴.

A veces, cuando personas como Arístides Calvani, se van prematuramente de este mundo material, podemos caer en la tentación de pensar que les faltó tiempo para decirnos todo lo que nos hubieran podido decir. No es cierto. Me parece que Calvani dio respuesta con su pensamiento y acción a las preguntas más esenciales de la vida humana: Dios; el sentido de la vida y el comportamiento frente a la muerte. En Calvani estuvo siempre presente a lo largo de su fructífera vida ese doble movimiento del cual hablaba Maritain entre lo vertical por el que el creyente aspira a la vida eterna y a la unión con Dios y el horizontal por el que avanza la historia humana hacia condiciones terrenas mejores.

No quiero terminar sin un recuerdo muy especial a la Sra. Calvani y sus hijas Graciela y María Elena que deben estar con el Dr. Calvani donde el tiempo no rige nuestras determinaciones de vida. Vivimos una etapa sombría de la historia de nuestra patria. Hombres como Calvani dirían lo que Maritain dijo en su Filosofía de la Historia:

No entendemos el juego limpio de Dios, quien da a aquellos que han elegido libremente la injusticia, el tiempo de agotar sus beneficios y la plenitud de sus energías. Cuando llegue el desastre para estos vencedores los ojos de los justos que lloraron contra ellos ante Dios estarán ya purificados bajo la tierra, y los hombres no conocerán la fuente lejana de la catástrofe³⁵.

Muchas gracias.

³⁴ SCHELER, Max. La Esencia de la Filosofía y la Conducción Moral del Conocer Filosófico. Editorial Nova, Buenos Aires, p. 53.

³⁵ MARITAIN, Jacques. Filosofía de la Historia. Ediciones Troquel, Buenos Aires, 1971, p. 64.

**CALVANI, DIPLOMÁTICO.
ABOGADO OSWALDO PÁEZ-PUMAR.**

Cuando Eduardo Fernández me propuso integrar la comisión que tendría a su cargo la coordinación de los actos conmemorativos del centenario del nacimiento de Aristides Calvani, no obstante sentirme halagado, no dejó de pasar por mi mente la idea de excusarme, pensando que sería poco lo que podría aportar, dada mi falta de experiencia en estos menesteres. Hoy me encuentro aquí por invitación del doctor Gabriel Ruan para traer a la memoria de los presentes unas pinceladas de su figura como Canciller. Esta invitación tampoco podía ser desatendida, aunque creo que no se trata de recontar su obra, recogida en las memorias presentadas anualmente al Congreso que me fueron facilitadas por su sobrina Marisabel Reyna Calvani de Fernández, de cuyo repaso concluí que debía hablar de mi visión de él como ser humano, que además fue Canciller.

Seguramente el rol habría podido ser mejor conducido por el doctor José Alberto Zambrano, quien fue su Director General durante los cinco años de su Cancillería, pero su prematura muerte me coloca como relevista, pues ese mismo cargo lo desempeñe por cuatro años cuando Zambrano Velasco ocupó la cancillería durante la presidencia de Luis Herrera Campins.

Calvani ocupa el cargo de Canciller en la primera experiencia en la historia de Venezuela de un cambio de gobierno por la vía electoral, donde el principal partido de oposición pasó a ser gobierno y viceversa. Era posible esperar que el nuevo ministro advirtiera lo erróneo del pasado por contraste con lo venturoso del porvenir.

No fue así. El canciller inesperado o sorpresivo no llegó al Ministerio como improvisado, ni menos aún como improvisador. La primera categórica afirmación en su rendición de cuenta consistió en reafirmar dos postulados básicos, cito: “el celoso mantenimiento de los principios que históricamente han caracterizado nuestra conducta en el seno de la

comunidad internacional, y la decisión de que esos principios adquieran efectiva vigencia universal”.

Sin embargo, advirtió que aunque la vigencia de la democracia representativa en América era una aspiración de todos, cito: “su implantación real y efectiva depende de múltiples circunstancias internas y externas de cada país”, alertando que la ruptura de relaciones con aquellos países cuyos gobiernos no fueran resultado de elección popular, formulada por el expresidente Betancourt no sería tomada “ad pedem litterae”, pues aunque resultó eficaz al momento de enfrentar tanto el nuevo régimen opresor de Castro, como el agonizante de Trujillo, su imposición coactiva por elementos puramente externos, podría originar mayores males de los que se pretendía evitar.

¿Qué se propuso el Canciller? Tres cuestiones: impulsar la integración latinoamericana, redimensionar las relaciones con Centroamérica y el Caribe, que en buena medida había iniciado no como Canciller, sino desde lo que en mi opinión fue su obra más relevante, el IFEDEC; y ampliar el universo de nuestras relaciones.

No resultó exitosa para el Canciller la comparecencia de Venezuela a la conferencia de Cartagena donde nació el Pacto Subregional Andino que se abstuvo de firmar; pero el interés por integrarse en ese grupo de naciones no disminuyó y lo que no se pudo realizar en 1969 se concretó en 1973.

En el Caribe no son pocas sus acciones, visita República Dominicana, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Honduras, Costa Rica y Panamá y apoya decididamente la incorporación de Jamaica a la Organización de Estados Americanos.

En la memoria del segundo año da cuenta de la suscripción del Convenio Andrés Bello en enero de 1970, entre los países firmantes del “Acuerdo de Cartagena” a los que se agrega Venezuela, pero la picardía de Calvani lo presenta como acuerdo de los países bolivarianos a los cuales se agrega Chile, sutil uso del hecho de tener Andrés Bello a Chile como segunda patria.

Lo que era un proyecto de expandir nuestras relaciones con el resto del mundo se vio materializado con una misión de buena voluntad al África y como resultado de esa misión el establecimiento de relaciones diplomáticas de Venezuela con Costa de Marfil, Kenia, Senegal y

Uganda y la apertura de la embajada en Etiopía que había precedido a esas otras naciones en el establecimiento de relaciones desde el año anterior, 1969.

Al referirse a las negociaciones con Colombia y la designación del embajador Carlos Sosa Rodríguez como negociador para delimitar las áreas marinas y submarinas advierte en la presentación de su cuenta, ante las muchas expresiones en los más variados sectores sobre lo inconveniente de esas negociaciones, lo siguiente: “No debemos olvidar que, en los comienzos de nuestra vida republicana, una irreflexiva actitud análoga dio por resultado la no aprobación de un tratado mediante el cual, de haber sido ratificado por Venezuela, no habría surgido el problema planteado ahora”.

Se refería Calvani, desde luego, a la línea del Tratado Pombo-Michelena que al fijar la frontera en el Cabo de La Vela dejaba a Colombia sin jurisdicción sobre las aguas del Golfo, desde luego sin recurrir a la fantásica tesis de la Costa Seca.

Pero permítanme huir por un momento de la aridez de los trabajos que ocuparon la atención del canciller Calvani en esos años. En las Asambleas de las Naciones Unidas, en su primer mensaje invoca la aplicación de las reglas del Derecho Tributario interno mayores cargas a quienes más poseen, para regir la economía internacional; y en su segundo mensaje denunció un nuevo fenómeno: la guerra en la paz al señalar que “en el lenguaje ordinario se suele confundir la violencia con la fuerza”, cuando la fuerza es el respaldo para hacer coercible el derecho mientras que la violencia es uso ilegítimo de la fuerza. Enunciado de particular relevancia en la Venezuela de hoy.

En la primera asamblea de la OEA, cuando se transformaron las reuniones esporádicas en un evento anual, que se denomina “período ordinario de sesiones”, se conducían negociaciones entre Venezuela y Colombia en relación con las áreas marítimas. Además, Venezuela negociaba una compra de armamento y la diplomacia colombiana consideró político plantear la conveniencia de establecer un cierto control o supervisión para la adquisición de equipos militares, aunque Colombia acababa de adquirirlos, sin sujeción a tales controles.

La respuesta del canciller Calvani que escuchó pacientemente la disertación de su colega colombiano, vino del Eclesiastés: “hay un

tiempo para sembrar y un tiempo para cosechar” pues resultaba insólito que una nación que acababa de adquirir nuevos armamentos, sin sujeción a control o supervisión alguna pretendiera cuestionar que el país vecino lo hiciera; y la propuesta colombiana que aspiraba acumular tras de sí las voces contra el armamentismo, se desinfló sin generar mayores debates.

El doctor Gonzalo García Bustillos quien se desempeñaba como Embajador de Venezuela ante esa Organización se solazaba contando la anécdota que aquí recojo, pero aún más contando la que a continuación narro con el deliberado propósito que no desaparezca, es decir, que haga historia. Así ocurrió: debatiéndose un tema sobre el cual el Canciller había ya expuesto algunos conceptos, éstos resultaron cuestionados por el presidente Caldera a quien se mantenía al tanto de todo cuanto ocurría, lo que condujo a una conversación telefónica del Presidente con su Canciller quien estaba acompañado del embajador García Bustillos. La conversación no duró mucho tiempo y el Presidente y el Canciller expusieron sus puntos de vista y las razones que los respaldaban y parecía que la conversación derivaría hacia una iteración de lo que cada uno había expuesto, cuando Calvani invocó el argumento de autoridad expresando, según lo narraba García Bustillos, lo siguiente: “Presidente, yo creo que tengo la razón y que mi punto de vista es el acertado, pero quien tiene la gracia de estado, que nuestra fe le atribuye como don especial de Dios al gobernante, te corresponde a ti, por lo que procederé a formular la corrección que corresponda”.

Decir a este auditorio cual criterio prevaleció sería una imprudencia de mi parte, los tres protagonistas han muerto y si ellos decidieron llevarse el secreto a sus respectivas tumbas, no seré yo quien actúe de profanador, ese trabajo bien sabido lo tienen sus cultores, que no necesito mencionarlos en este recinto donde al fin y al cabo tendré que señalar que su política exterior ha colocado nuestra reclamación en el Esequibo en arenas movedizas.

La política de contactos directos con el Caribe continuó de manera ininterrumpida. Señalamos ya las intensas movilizaciones del Canciller en 1969. El año siguiente siguió con la visita a Barbados en donde nuestra cooperación con las víctimas de un huracán no fue concebida como propaganda política para la exportación de nuestro ideario. Tampoco

lo fue con las Antillas Neerlandesas objeto de atención especial en el año 1970, ni en el año 1971 cuando el Canciller visitó Saint Vincent y Granada.

Rompiendo otra vez el hilo de esta pesada narración de acciones recogidas en las memorias, traigo a la atención de este auditorio, con el propósito de que también quede registrada para la historia, que el canciller Calvani fue una pesadilla para la Dirección de Administración, pues tuvo como práctica regular devolver cualquier cantidad sobrante de los viáticos asignados para el viaje, no precisamente porque fueran exorbitantes, sino por su austeridad y sobriedad en el manejo de lo ajeno. Desde luego ajeno es lo que pertenece al erario nacional. Esta digresión me ha parecido oportuna porque los funcionarios de Administración tuvieron que inventar procedimientos para reingresar a la tesorería los montos devueltos por el Canciller.

Qué lejos estaba de lo que en años recientes proclamara uno de sus sucesores en el cargo mas no en el modo de ejercerlo, cuyo nombre no vale la pena mencionar, y quien con pose de autoridad, de austeridad y de honestidad proclamara "...lo público no es como lo conciben algunos sectores 'lo público es mío'. No, lo público es de todos."

La importancia que el Canciller dio a la integración latinoamericana, como ya señalé, tuvo su tropiezo en la conferencia de Cartagena en 1969 y Venezuela no se incorporó al Pacto Andino hasta 1973. Sin embargo en 1970 Venezuela suscribe el Convenio Andrés Bello, en 1971 el Convenio Hipólito Unanue, en 1972 después de la denuncia del Tratado con los Estados Unidos designa una comisión especial para negociar las condiciones del ingreso de Venezuela al Pacto Andino y en el año 1973 se firma el denominado "Consenso de Lima" que fijó las condiciones bajo las cuales Venezuela se convierte en el sexto país miembro del Pacto Andino.

Calvani sintió desde la Conferencia de Cartagena la necesidad de contar para el proceso de integración con un equipo propio de la Cancillería en materia económica, pues eran los despachos de Hacienda y Fomento básicamente quienes fijaban las posiciones con la cooperación de Agricultura y Cría y Minas e Hidrocarburos. Fue quizá esta la razón que demoró la incorporación de Venezuela, pues sólo cuando fue creado el Instituto de Comercio Exterior, obra desde luego de Calvani,

conformado por un notable grupo de economistas a diferencia de la Dirección de Política integrada básicamente por abogados e internacionalistas, cuando el proceso de negociación se aceleró y culminó exitosamente.

Desde luego Calvani no fue solo un notable Canciller capaz de manejar con acierto los difíciles y espinosos problemas de la política internacional en la cual el rol de Venezuela tenía, como lo sigue teniendo hoy, una importancia discreta, sino porque además diseñó una política propia para con el Caribe, al margen de la guerra fría que signaba todos los problemas internacionales con el sello de la confrontación de las superpotencias; y en la cual Castro, como peón del imperialismo soviético había desarrollado con las islas caribeñas empleando el concepto de la “negritud” como arma frente a los Estados Unidos, una alianza que incluso dibujaba como espacio para el asentamiento de las crecientes poblaciones de las islas anglo parlantes al territorio Esequibo.

Cuba fue y sigue siendo el único país hispanoparlante que le negó a Venezuela su derecho al reclamo de una “solución práctica de la controversia” en relación con ese territorio y nuestra reclamación. Eso explica la desacertada política que en relación con esta cuestión se ha practicado durante los 19 años que se cumplen el próximo 2 de febrero desde la jefatura del estado, ejercida por Chávez Frías y Maduro Moros y una serie innumerable de cancilleres entre los cuales figura también Maduro Moros.

La política con los países caribeños, que inició Calvani y fue continuada por los posteriores gobiernos, se basaba en el concepto de “Mare Nostrum” que primero los griegos y luego los romanos tuvieron en relación con el Mediterráneo y que Calvani afirmaba Venezuela debía asumir en el mar Caribe; y desde luego respetuosa de las correspondientes soberanías, sin pretender que la cooperación económica, que la hubo hacia esos estados cuya viabilidad en muchos de ellos era escasa, fuera orientada a obtener de esos estados soberanos sujeción como si se la ha pretendido en el siglo XXI, ya que la ideología castrista que la inspira es de sujeción, como lo fue la del imperio soviético.

Es ésta, quizá, junto con la doctrina Betancourt de desconocimiento a los gobiernos surgidos de golpes de estado y no por la voluntad de

sus ciudadanos el centro de una política exterior propia al margen de la guerra fría entre las grandes potencias, que desde luego se extendía no solo hacia las islas de habla inglesa, sino también a las hispano parlantes, las francesas y las holandesas. La parte correspondiente a la doctrina Betancourt no impidió tampoco que se moderaran las relaciones con Cuba, suscribiéndose un tratado bilateral para el restablecimiento del tráfico aéreo en las mismas condiciones en que se negoció con los Estados Unidos de América el Tratado Bilateral Aéreo en 1971. El paso del restablecimiento de relaciones diplomáticas se dio en el primer gobierno de Carlos Andrés Pérez cuando incluso se abogó por su reingreso a la OEA, que sería respondida por Castro como en el poema de Ángel Celestino Bello ‘Justo Brito y Juan Tabare’: “con la espalda sorda expresión del desaire”.

No puedo omitir entre los notables aciertos de Calvani como Canciller, el Protocolo de Puerto España, objeto de toda clase de críticas al tiempo cuando fue suscrito y hasta de señalamientos perversos que pretendieron, sin que hubiera el valor moral para expresarlo directamente, sino insinuándolo, que la circunstancia de haber nacido en Trinidad pesó en el ánimo del doctor Calvani para suscribirlo. El tiempo se encargó de mostrar su valor cuando al término de su vigencia la controversia retornó sin complicaciones a las reglas establecidas en el Acuerdo de Ginebra que hoy, agónico, parece llevarnos a la Corte Internacional de Justicia que Venezuela siempre ha rechazado, desde cuando se iniciaron las conversaciones con la Gran Bretaña en la antesala de la independencia de la Guayana Británica.

Venezuela no debe seguir ese camino, los firmantes del Acuerdo de Ginebra, incluido el gobierno guyanés, se comprometieron a lograr una “solución práctica” con independencia de que los venezolanos todos estimemos el Laudo de París del 3 de octubre de 1899 como nulo, dado el cúmulo de elementos que llevan a la clara convicción de que lo ocurrido en el Tribunal Arbitral, abstracción hecha de la exclusión de Venezuela en su conformación y en la conducción por sí misma de su defensa, fue una componenda. Allí hubo una cierta participación norteamericana que comenzaba a ensayar su rol de imperio, pero sus actores fueron la Inglaterra Victoriana y la Rusia zarista, cuya vocación imperialista fue aceptada como herencia, sin necesidad del ‘beneficio

de inventario' al asumir el poder los bolcheviques de Lenin y Stalin; y aún después de Mijail Gorbachow continúa con idéntico talante bajo el mando del exjefe de la K.G.B. Vladimir Putin. Bueno es proclamarlo aquí, en el Palacio de las Academias, recinto propio para la búsqueda de la verdad y de la razón, que no puede ser una solución práctica la revisión de la validez o nulidad del Laudo, pero tampoco y hay que afirmarlo con la misma fuerza, asignarle a Venezuela el territorio que conforme a la doctrina del "Uti possidetis iuris" formó parte primero de Colombia y al consumarse la separación nuestra en 1830, de la República de Venezuela.

Lejos de mí está pretender afirmar que un nuevo Protocolo de Puerto España pueda ser el sendero por el cual Venezuela se salga de esa autopista que parece conducirla a la Corte Internacional de Justicia. A buen seguro el canciller Calvani ante una propuesta tal, con una de esas frases elocuentes suyas, y con esa voz melodiosamente impostada nos habría advertido. "Es mejor cometer errores nuevos, que repetir los viejos".

Conducir la política exterior no tiene ningún rasgo en común con la conducción de un vehículo de pasajeros; y sus habilidades diplomáticas no son distintas a las de la diplomacia del micrófono que practicó su antecesor para un público de galería. Hoy se sigue practicando acompañada de desplantes militares cuya ferocidad luce ridícula, pues insólitamente pretenden exhibirse casi en estado de guerra pero no contra un estado soberano, sino contra empresas mercantiles, lo que resulta risible y comprueba que es Cuba la que impone a Venezuela una política acorde con la que definió Castro, a la cual ya hemos aludido, al indicar que Cuba fue y sigue siendo el único país que habla nuestra lengua y no respalda "la solución práctica de la controversia".

Creo haber atendido la solicitud que me formuló Gabriel Ruan, pero como ya dije al comienzo de mi exposición, no necesariamente debo obedecerlo, por lo que sin apartarme de la finalidad última de todos los actos que rodean la conmemoración del centenario del nacimiento de Arístides Calvani, que es dar a conocer su vida y obra para que las nuevas generaciones lo conozcan, voy a decir algo más, aunque no vinculado con su ministerio, pero sí ciertamente con su persona, pues de eso se trata.

La primera lección que recibí de Arístides Calvani fue en el año 1963 siendo aún estudiante. Habían comenzado las actividades en el IFEDC cuando él me abordó en la sede de la Universidad Católica entre las esquinas de Jesuitas y Mijares. Quería que yo cubriera la vacante de una exposición para un grupo de jóvenes que asistían a uno de los primeros cursos, porque le había fallado uno de los inicialmente comprometidos con el programa. Yo le di cuenta de mis “tantas” actividades que me impedían asumir una más. Mis estudios, el centro de estudiantes que presidía, la fracción ucabista de Copei, además de mi trabajo como pasante en el escritorio donde aún continúo. El doctor Calvani, no el Canciller, sonrió y me dio su primera enseñanza, con estas sencillas palabras: “yo sé que tú estás haciendo todo lo que me dices y por eso decidí pedirte que prepararas la exposición de ese tema, estoy seguro que puedes, los que no están ocupados son los que nunca tienen tiempo para nada, él que está ocupado siempre tiene tiempo para hacer algo más”.

Efectivamente, tuve tiempo para hacer la exposición y para repetirla. Esta enseñanza teórica él la puso en práctica ante mí 10 años después en la ciudad de La Paz, cuando en medio de una visita de Estado del Presidente me fijó como hora para oírme la relación del estado de las conversaciones para el ingreso de Venezuela al Pacto Andino “la hora en que concluya el banquete que el Presidente de Bolivia le ofrece al presidente Caldera y al cual debo asistir. Así le podré informar de la situación en el vuelo de La Paz a Lima mañana por la mañana”.

En el curso de nuestra relación no fueron muchas las oportunidades en que conversamos a solas, pero todas ellas fueron significativas. Quiero destacar la primera siendo ya Canciller y la última seis años antes de su muerte.

El caso fue que para evitar que una decisión adoptada al más alto nivel trascendiera antes de su formal anuncio, se prescindió del cruce de mensajes cifrados entre la Cancillería y la Embajada en Washington y me tocó a mí hacer el papel de Miguel Strogoff, el papel de correo.

Era diciembre de 1971, el Presidente había decidido denunciar el Tratado de Reciprocidad Comercial con los Estados Unidos y anunciarlo en su mensaje de Año Nuevo. Se trataba de darle a la decisión un significado político, quizá mayor del que tenía, sin incurrir en una falta diplomática sorprendiendo a la contraparte con un anuncio público que

la afectaba sin habérsela notificado previamente, como correspondía. El embajador Julio Sosa pediría audiencia en el Departamento de Estado, notificaría la decisión; y poco después la anunciaría el Presidente.

Yo tenía entonces el rango de Primer Secretario y aunque conocía al doctor Calvani desde hacía más de diez años debo decir que en esa mi primera experiencia de vida conversando con un Ministro, fue como tratar con un igual, no como persona, que lo somos todos, sino como interlocutor, tal era su sencillez al ejercer el cargo.

Fue Calvani, quien definió la vía más segura, expedita y sencilla: la notificación no se haría por el Embajador. Tres factores adversos la desaconsejaban: un día festivo, la no coincidencia de la hora, vigente allá la de invierno; y “real Politik” una cita pedida por el Embajador de Venezuela el día de año nuevo o la víspera al Secretario de Estado, terminaría en manos del encargado del escritorio de Venezuela. La notificación por lo tanto la haría él citando al Embajador norteamericano: le informaría del anuncio que haría el Presidente y luego se trasladarían cada uno por sus propios medios, de la Casa Amarilla al Palacio de Miraflores a oír la alocución presidencial, donde se anunciaba la decisión de denunciar el tratado.

Concluida la tarea que me había sido encomendada me sentí en confianza y con la osadía propia de la juventud, en hora ya tardía, me permití solicitarle unos minutos y no contento con el hecho de que me hubieran sido concedidos, le di a leer una carta mía de unas cuantas páginas de extensión que Calvani sin inmutarse accedió a leer.

No satisfecho con haberle impuesto la obligación de leerme, me permití luego hacer comentarios entre los cuales no faltó proponerle, o más bien exigirle, que fuera él candidato para las elecciones de 1973. Cuento esto que ocurrió hace 46 años y a 32 de su muerte, para ofrecerle a Calvani en el centenario de su nacimiento la disculpa que entonces no le ofrecí. Que paciencia, que capacidad para escuchar.

No advertí, sin embargo, en esa entrevista que Calvani se me hubiera revelado como un nuevo Job, paciente al escucharme, de lo que no vine a percatarme sino tiempo después. Lo que sí aprendí de él en aquella ocasión fue que las tareas incómodas no se delegan, se asumen.

Creo poder afirmar con conocimiento de causa que una cualidad suya, muy escasa por cierto entre los hombres, fue la de oír al

interlocutor. Quizá sus aciertos no solo en la Cancillería sino a lo largo de su peregrinar tienen origen en buena parte en escuchar. ¿Cuántas veces cuando nuestro interlocutor habla en lugar de prestarle atención a lo que nos quiere decir nuestra mente está preparando lo que vamos a contestar? Porque supo oír mucho mereció y logró ser oído.

El triunfo de Carlos Andrés Pérez en las elecciones de 1973 y la llegada de la Gran Venezuela en 1974 abrió un paréntesis en mi relación con el doctor Calvani, quien retornó a la obra más importante de su quehacer, el IFEDEC y yo al ejercicio profesional. Calvani además decidió tal como lo ordena el mandato de Emaús ir a predicar el evangelio. Su propio evangelio, demócrata y cristiano y también el más amplio, demócrata a secas sin el adjetivo. La América Hispana que había resistido la avalancha marxista de la guerrilla impulsada por Castro en buena medida también abjuraba de la democracia y parecía percibir que solo execrando ésta se superaría la amenaza castrista. El imperio militar se hizo presente y lo que es más grave el totalitarismo marxista pudo, como la zorra que va a cazar gallinas, cubrir su pelambre dictatorial y esclavista con las voces de democracia y libertad

Me encontré de nuevo con él en 1979 cuando el canciller Zambrano me pidió que lo acompañara como Director General del Ministerio. Habían pasado unos años desde cuando tuvieron lugar nuestras entrevistas, en las cuales yo ansioso por exponer lo que pasaba por mi mente iba con el objetivo de ser oído. Ahora acudía a él con una tónica diferente, quería oírlo, asistir a un curso intensivo de política internacional. En casi tres horas de entrevista en su casa no hubo una sola palabra relativa a lo que ocurría, ni siquiera aludió a los sandinistas que acababan de hacerse con el poder en Nicaragua. Habló del gabinete económico, de la necesidad de rotar al personal del servicio interno con los del servicio exterior, de una sede única para todas las direcciones del despacho y que ejerciera el gran poder que tenía. Que decepción.

Hoy puedo repetirlo de nuevo, ¡qué decepción! Próximo a cumplir cuarenta años acudí a la casa del doctor Calvani para oírlo hablar de lo que yo quería y no de lo que él juzgaba útil para mí. ¡Cuánta inmadurez! No había aprendido lo que tantas veces me había enseñado con su ejemplo. No había aprendido a oír.

De mi torpeza no me percató hoy, quizá fue en septiembre de 1982 en un Consejo de Ministros al que acudí para cubrir la ausencia del canciller Zambrano que asistía a la Asamblea de Naciones Unidas. La presencia del doctor Díaz Bruzual presidente del BCV añadió un toque de vehemencia y con esa tónica se discutió el tema de las reservas en dólares de PDVSA y de la paridad del bolívar y el dólar. Me percaté del poder que Calvani me había advertido que tenía justamente cuando lo había perdido. Todos los que estábamos allí lo habíamos perdido. En febrero de 1983, cinco meses después, en ese día que sería llamado por la prensa ‘el viernes negro’ se haría evidente. Ya no había tiempo para hacer las cosas que el poder permite y que por supuesto no se corresponde con la fantasía de cambiarlo todo, sino las pequeñas cosas, tal como rotar el personal del servicio exterior y del servicio interno como me lo había sugerido Calvani.

El poder no nos es dado para fantasear con un cambio hipotético que lo logre todo sino para hacer bien o mejorar las pequeñas cosas, lo cotidiano y es por eso que el valor fundamental de la democracia es la alternabilidad, porque todo puede mejorar siempre; y quien se acostumbra a lo que existe no es factor de progreso, sino de estancamiento y retroceso.

Calvani había tratado de darme en esa larga conversación el sentido de lo transitorio del poder y la urgencia de emplearlo de manera útil. Lo único que le faltó en esa entrevista antes de que yo fuera a posesionarme del cargo fue recordarme, una de las frases más de su agrado que empleaba con regularidad “*sic transit gloria mundi*”; y ni siquiera puedo afirmar que no me la dijera, pues como ya lo expresé no fui a oírle lo que tenía que decirme, sino lo que quería que me dijera.

No puedo concluir sin mencionar su desvelo por la tierra centroamericana, cuando en este mes además del centenario de su nacimiento se cumplen 32 años de su fallecimiento junto a su esposa Adelita y dos de sus hijas. A esa tierra dedicó ímprobos desvelos al menos en la última década de su vida, donde ocupa lugar preeminente su preocupación por institucionalizar la no reelección que incorporada de tiempo atrás en la constitución hondureña fue hace tres años abolida por un fallo de la Sala de lo Constitucional de Honduras, que es un remedo de los que

pronuncia nuestro te-ese-jota, generalmente bajo la fórmula de “ponencia conjunta”.

No conozco declaraciones de Calvani en repudio o respaldo de la reelección, pero creo que no las necesito para afirmar en este acto de homenaje a su memoria, sin mancillarla ni maquillarla, que fue ferviente defensor de la no reelección simplemente porque su visión del poder apunta en esa dirección. En su lenguaje la expresión “el pueblo nunca se equivoca” no tuvo cabida. Cuando el ejercicio del poder se asume como servicio, como lo predicó y practicó Calvani, lo que importa es darnos nosotros mismos a los demás, no pedirle a los demás que nos den. Ese fue el legado que nos dejó Calvani.

Son muchos quienes han predicado la no reelección. Recientemente Sergio Ramírez el escritor nicaragüense que incursionó en la política con la llegada del sandinismo, comentando las “desgraciadas” sentencias anulando las disposiciones que prohibían la reelección en Costa Rica, Nicaragua, Bolivia y la ya mencionada Honduras las anatematizó con una frase “lo escrito en piedra está más bien escrito en agua”.

Por lo lejano de esta otra, mencionaré al presidente Herrera Campins quien al separarse del gobierno en 1984, dos años antes de la muerte de Calvani tomando prestadas las palabras de Jorge Luis Borges pidió a Dios, al Señor que lo librara de la tentación reeleccionista. “Defiéndeme de ser el que ya he sido”, dijo Luis Herrera en esa ocasión, porque de la tentación de querer volver a ser lo que fuimos no nos libramos sino cuando logramos someter nuestra vanidad que gusta de ser reconocida, como lo enseña Kempis en su libro “Imitación de Cristo”, del gusto de Calvani y por lo cual pongo punto final a este panegírico no vaya a ser que el propio Arístides, con sus pies ligeros, se haga presente aquí para hacerme callar y dejarlo descansar, repitiéndome a mí lo que le dijo a un contemporáneo funcionario entonces en la Cancillería y cuyo nombre omito “por favor, no me jales más”. Porque Calvani no fue distinto a nosotros. ¿Quién puede resistir incommoviblemente el halago? Me aventuro a decir que él tampoco, pero sí más que nosotros, al menos más que yo. Nuestro Job tuvo sus arranques de ira, tuvo también sus vacilaciones como Pedro y desde luego supo que era hijo amado, aunque sobre él no “estuvieran puestas todas las complacencias”.

**V JORNADAS DE ARBITRAJE.
15 DE NOVIEMBRE DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI.
PRIMER VICE-PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Señores Individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señor **Dr. Álvaro Badell Madrid**, Presidente y demás miembros de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

Distinguidos conferencistas de estas V Jornada de Arbitraje

Señoras, Señores.

Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es motivo de satisfacción patrocinar y coordinar con la Asociación Venezolana de Arbitraje esta **V Jornada de Arbitraje**.

Es misión institucional de esta Corporación la promoción y progreso de las Ciencias Políticas y Sociales en general, y del derecho en particular. Especial interés tiene el estudio de los medios de resolución de controversias, como es caso del arbitraje. Así lo confirma esta Jornada que por quinto año consecutivo se realiza en la sede de esta Corporación.

Esta Academia ha sido promotora de la Ley de arbitraje comercial de 1998. A la luz de la Constitución de 1999 ha realizado diversas publicaciones, talleres prácticos, foros y Jornadas sobre los procedimientos de arbitraje institucionales y de arbitraje internacional con las instituciones académicas dedicadas al tema del Arbitraje y con los diferentes Centros de Arbitraje de la Ciudad de Caracas.

De modo que para la Corporación el arbitraje es una línea de acción teórica y práctica, cuya transversalidad e inherencia con múltiples asuntos de la realidad actual, se comprueba en la relevancia de los temas seleccionados para esta V Jornada, de la mano de autorizados ponentes. En esta oportunidad destacan temas fundamentales del derecho arbitral, temas de sustancia, que van desde (i) la elección de los árbitros,

(ii) la extensión subjetiva de los efectos del acuerdo arbitral y (iii) el conocimiento e identificación del derecho aplicable, hasta un tema acuciante sobre (iv) la validez del laudo arbitral en la muy controvertida demanda de la República cooperativa de Guyana contra nuestro país en la Corte Internacional de Justicia por la delimitación territorial entre ambas naciones.

Corren tiempos en que la jurisdicción y el proceso en Venezuela han perdido su eficacia social, su significancia como medio de resolución de conflictos entre particulares y entre estos y el Estado, ha sido suplantada por la desconfianza y la progresiva politización de la justicia. Al contrario, los mecanismos alternativos de solución de controversias (la negociación, la mediación y el arbitraje) cobran mayor relevancia, al punto que, el arbitraje, más que una alternativa real y confiable para la solución de disputas, se ha convertido en una opción preferente para potenciar los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, como expresión del derecho al acceso a la justicia. El realismo y el casuismo en la atención de la controversia, la celeridad y la flexibilidad del procedimiento, la confidencialidad y transparencia institucional son virtudes prácticas del arbitraje para maximizar ese acceso a la justicia sustantiva.

Por eso, la difusión del conocimiento y la promoción de las bondades institucionales del arbitraje, son esenciales para concretar y expandir su efectiva vigencia. La misión de la Asociación Venezolana de Arbitraje ha sido fundamental y encomiable a ese respecto.

La Academia se suma nuevamente a ese trascendental propósito. Sean todos nuevamente bienvenidos a esta Jornada.

Caracas, 15 de noviembre de 2018.

**ARBITRAJE Y PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*.
DR. PEDRO RENGEL.**

PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Iura novit curia, o “el juez conoce el Derecho”. ¿Qué Derecho conoce el juez? ¿El Derecho sustantivo de su país, es decir, su derecho nacional aplicable al fondo de la controversia?

¿El principio se extiende también al derecho extranjero? ¿El principio *iura novit curia* es trasladable al arbitraje? ¿Existe el principio *iura novit arbiter*, o “el árbitro conoce el derecho”? ¿Se aplica al arbitraje doméstico pues el árbitro nacional conoce el derecho sustantivo de su país? ¿El principio abarca el conocimiento del derecho extranjero por el árbitro nacional? ¿Se aplica el principio en el arbitraje internacional, donde no hay tal cosa como un derecho sustantivo doméstico y por lo tanto no puede hablarse de un derecho sustantivo extranjero respecto de un derecho doméstico? Estos temas son los que pretendemos tratar en este trabajo.

El principio *iura novit curia*.-

Habría que comenzar precisando el significado y alcance del principio *iura novit curia*. Es un célebre aforismo¹, surgido según algunos, de la advertencia de un juez fatigado por la exposición jurídica de un abogado: *venite ad factum, iura novit curia*, o lo que es lo mismo, *pasad a los hechos, la corte conoce el derecho*. Está muy vinculado con otro importante aforismo procesal: *da mihi factum, dabo tibi ius*, entendido como: *dame los hechos, te doy el derecho*. Es la expresión de un

¹ Según la Nueva Enciclopedia Jurídica, Editorial Francisco Seix, Barcelona, España, 1983, Tomo II, pág. 451, la palabra aforismo viene del griego, significa sentencia breve y doctrinal que presenta en forma sintética lo más interesante de alguna materia o formula un principio, regla, axioma o máxima instructiva, y en la ciencia y práctica del Derecho, reviste singular importancia desde el tiempo de los romanos por condensar la doctrina básica de aquella sabia legislación, constituyendo el mayor contingente de reglas o principios generales del Derecho que en lo civil y procesal se invocan ante los Tribunales de justicia, ya en defecto de disposición escrita aplicable, ya por haber sido incorporados a códigos y leyes vigentes.

principio jurídico de evolución lenta y extensa que se proyecta hasta nuestros días. SENTIS MELENDO nos enseña que, aunque el sujeto de la oración es *curia*, bien puede representar al juez, al tribunal, esto es, al juzgador en general².

También RENGEL ROMBERG nos ilustra sobre el principio *iura novit curia*. Este autor nos habla de que la evolución histórica de las instituciones judiciales demuestra que en la antigüedad la prueba del derecho era necesaria, ya que en Roma ni el pretor ni el jurado eran juristas, por lo que las partes se veían en la necesidad de probar el derecho. Igualmente en el antiguo derecho ático (o derecho de Atenas) la ley tenía una función diferente a la que tiene en el derecho moderno y constituía un instrumento probatorio igual que los demás, de tal modo que era ignorada por el juez mientras no fuera probada, y hasta figuraba en el elenco de las pruebas mencionadas por Aristóteles: las leyes, los testimonios, los instrumentos contractuales, las deposiciones de los esclavos y el juramento. Finalmente en el derecho moderno el aforismo medieval *iura novit curia*, según el cual el juez conoce el derecho y por lo tanto no necesita prueba, es consecuencia de la introducción del juez jurista o letrado que ha asumido el juicio jurídico³.

Agrega RENGEL ROMBERG, citando a LIEBMAN, que en los sistemas fundados en el principio de legalidad, el ordenamiento jurídico liga siempre las consecuencias jurídicas a la realización de ciertos hechos supuestos en abstracto por la norma, por lo que el conocimiento y aplicación del derecho es un deber que corresponde al *officium iudicis* y no necesita ser probado por las partes⁴.

El principio *iura novit curia* en Venezuela

De acuerdo con RENGEL ROMBERG, pueden verse manifestaciones expresas del aforismo *iura novit curia* en el Código de

² SENTIS MELENDO, Santiago. Voz *Iura Novit Curia*, en: Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo XVI, págs. 937 y sig. Según el propio autor, este trabajo constituye un resumen de su obra más extensa “El juez y el Derecho”, publicada por Editorial Ejea, Buenos Aires, 1957.

³ RENGEL ROMBERG, Aristides. “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”, Ediciones Paredes, Caracas, 2013, Tomo III, págs. 237-238.

⁴ RENGEL ROMBERG, Aristides. Ob.Cit. pág. 239.

Procedimiento Civil de 1987, concretamente en el artículo 12, que establece que el Juez en sus decisiones debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Este deber del Juez se corresponde con el deber de la parte de expresar en el libelo de la demanda los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, contemplado en el artículo 340 ordinal 5° del CPC, y es congruente con la exigencia del artículo 243 ordinal 4° del mismo Código, de que la sentencia contenga los motivos de derecho de la decisión⁵.

En el derecho moderno, nos enseña RENGEL ROMBERG citando a CALAMANDREI, el principio *iura novit curia* tiene dos aspectos: de un lado significa *deber* del juez de conocer y aplicar de oficio la norma que se refiere al caso, y del otro lado significa *poder* del juez de buscar y aplicar de oficio la norma, aunque la parte interesada no haya tomado la iniciativa de alegarla y probar su existencia. De modo que el aforismo pone al juez un deber de iniciativa que no tiene respecto a los hechos, y lo desvincula de aquel deber de inercia, propio del principio dispositivo. En el campo del puro derecho, el juez puede suplir a las partes en el sentido de que, si el actor argumenta con base en normas inexistentes o mal interpretadas, el juez aplicará las normas del caso, obligado como está en virtud del artículo 12 del CPC a atenerse en sus decisiones a las normas del derecho, siempre que no resulte modificado el objeto de la demanda, ni suplidas por el juez defensas de las partes como serían la cosa juzgada, la prescripción u otras semejantes⁶.

Puede concluirse entonces que el principio *iura novit curia* es un viejo aforismo romano cuya importancia y vigencia se extiende hasta nuestros días, que en Venezuela encuentra su expresión legislativa en el artículo 12 del CPC, y cuyo alcance implica un doble *deber/poder* del juez de conocer, buscar y aplicar **de oficio** el derecho, como es propio de su *officium iudicis*, es decir, de su oficio de juzgar y sentenciar la causa sometida a su conocimiento y decisión. Ese *deber/poder* de actuar **de oficio** faculta al juez para aplicar las normas jurídicas que, en su criterio, contemplen el supuesto de hecho abstracto en el cual pueden subsumirse los hechos demostrados y probados en juicio, independientemente de las normas jurídicas alegadas, o incluso omitidas, por las partes.

⁵ RENGEL ROMBERG, Aristides. Ob.Cit. págs. 239-240.

⁶ RENGEL ROMBERG, Aristides. Ob.Cit. pág. 240.

Esta última característica es muy importante, ya que si el proceso de aplicación de la ley dependiera sólo de los alegatos jurídicos de las partes, podría ocurrir que éstas sólo aleguen las normas jurídicas que las favorezcan, y que disimulen, tergiversen u omitan aquellas que les sean desfavorables. La doctrina comparada que analiza el principio *iura novit curia* y su aplicación en el arbitraje ha señalado que entre los propósitos del principio *iura novit curia* está tratar de evitar esto permitiendo al juez ir más allá de las normas jurídicas invocadas por las partes, y garantizar así la correcta aplicación de la ley, en consideración a que el juez imparcial estaría mejor equipado que las partes para arribar a la correcta aplicación de la ley⁷. En este sentido, el juez estaría en mejor posición para aplicar correctamente la ley, pues su interés es decidir la disputa de una manera justa, mientras que, en contraste, las partes podrían presentar la ley de una manera parcializada, o peor aún, deliberadamente no adelantar el ámbito completo de la ley aplicable, pues podría incluir aspectos desfavorables a su caso⁸.

Resulta claro pues que el principio *iura novit curia* es plenamente aplicable al juez venezolano que debe conocer y decidir un caso conforme al derecho venezolano. Es típico de las jurisdicciones de derecho civil que las partes tengan que probar los hechos, en el entendido de que el juez local conoce y aplica el derecho local, de manera que en estos países no hay mayor dificultad en la aplicación del principio *iura novit curia*, pero en cambio, los países con sistemas de *common law* tienden a no aplicarlo, al menos integralmente⁹.

El principio *iura novit curia* y el derecho extranjero

Pero continuemos analizando si el principio *iura novit curia* se extiende al derecho extranjero. En variadas hipótesis el juez puede encontrarse en la necesidad de aplicar derecho extranjero, incluyendo

⁷ ISELE, Teresa. “The principle *iura novit curia* in international commercial arbitration”, *International Law Review*, 2010, 13(1), pág. 3.

⁸ ALBERTI, Christian. “*Iura Novit Curia* in International Commercial Arbitration”, en: *International Arbitration and International Commercial Law, Sinergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten*, Kluwer Law International, 2011, pág. 5. Este autor, para el momento de escribir su artículo, era Vicepresidente Asistente del International Centre for Dispute Resolution (ICDR) de la American Arbitration Association (AAA).

⁹ ALBERTI, Christian. *Ob.Cit.* págs. 5-6.

cuando una norma nacional de derecho internacional privado remite al derecho extranjero para la solución del mérito de la controversia, en atención a las conexiones que tiene la relación jurídica material con el derecho extranjero. La diversidad de doctrinas y jurisprudencias sobre el tema es amplia, como diversas son las teorías sobre la naturaleza de la ley extranjera. Algunos la consideran como un hecho susceptible de prueba. Otros dicen que así como en el derecho nacional se subsume el hecho en la norma, de la misma manera ocurre en el derecho extranjero, por lo que no cabría entenderlo como un hecho. También se sostiene que la aplicación de la ley extranjera debe siempre partir de que en su país de origen la ley extranjera tiene naturaleza intrínseca de regla de derecho, y mal podría entonces considerársela como hecho. En Alemania y Austria el principio *iura novit curia* se aplica también al derecho extranjero. En Italia se asimila el tratamiento procesal del derecho nacional al derecho extranjero, admitiéndose también para ambos por igual la aplicación del principio *iura novit curia*¹⁰.

Al igual que en Alemania, en Suiza, como jurisdicción de derecho civil, los tribunales tienen poderes significativos para determinar y aplicar de oficio el derecho extranjero, de manera que el principio *iura novit curia* se aplica tanto respecto al derecho nacional como al derecho extranjero. En cambio, en países del *common law* como el Reino Unido, el derecho extranjero es considerado como un hecho, por lo que las partes deben probar el derecho extranjero de la misma manera como deben probar los hechos. A falta de prueba del derecho extranjero las cortes inglesas no rechazan el reclamo sino que aplican la ley inglesa para resolver la disputa, pues no tienen autoridad para aplicar el derecho extranjero de oficio, de manera que allí no hay espacio para la aplicación del principio *iura novit curia*. En los Estados Unidos el enfoque es intermedio, las partes tienen la tarea primordial de alegar el derecho extranjero, para evitar un injusto efecto sorpresa, pero los tribunales pueden indagar por su cuenta sobre el derecho extranjero. En Francia parece aplicar el principio *iura novit curia* pero los tribunales no tienen la carga de averiguar y aplicar el derecho extranjero de oficio sino que la carga recae en las partes, y cuando se trata de derechos renunciables,

¹⁰ RENGEL ROMBERG, Aristides. Ob.Cit. págs. 242-246.

la parte debe probar que la aplicación del derecho extranjero produce un resultado diferente que si se aplicara el derecho francés¹¹.

Abordemos ahora la situación en el derecho venezolano. Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, el tratamiento procesal del derecho extranjero encontraba su fuente no en el derecho interno sino en los tratados y convenciones internacionales suscritos por Venezuela, básicamente el Código de Bustamante, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y la Convención Interamericana sobre la Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero suscritas en Montevideo, Uruguay en 1979. Conforme a esta normativa, se acepta la ley extranjera como derecho, y se impone al juez la obligación de aplicar de oficio el derecho extranjero, sin perjuicio de la facultad de las partes de alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada, y de colaborar con el juez en dicha prueba, sin que dicha actividad se considerarse como manifestación del *onus probandi* que les corresponde respecto a los hechos, sino como una **participación de ciencia**, con lo que la aplicación del derecho extranjero entra en la esfera de acción del principio *iura novit curia*. Incluso se admite el control de casación por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de la ley extranjera¹².

No siempre fue así en nuestro país. Como nos enseña TATIANA MAEKELT, antes de la ratificación del Código de Bustamante, en Venezuela se valoraba el derecho extranjero como un hecho, siguiendo la **concepción fáctica**. Así lo avalaban autores como SANOJO, DOMINICI. Inclusive el proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado de Pedro Manuel Arcaya de 1912 regulaba la aplicación del derecho extranjero como un hecho. En una segunda etapa posterior a la ratificación del Código de Bustamante, la doctrina y jurisprudencia patria acogió la **concepción jurídica**, el derecho extranjero como derecho equiparable al del foro¹³. A partir de la Ley de

¹¹ ALBERTI, Christian. Ob.Cit. págs. 7-11.

¹² RENGEL ROMBERG, Aristides. Ob.Cit. págs. 255-257.

¹³ MAEKELT, Tatiana B. de. “Aplicación del Derecho Extranjero”, en: Ley de Derecho Internacional Privado Comentada, Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, Tomo I, págs. 196-200.

Derecho Internacional Privado de 1998 y sus artículos 2 y 60, además de reafirmarse la naturaleza jurídica del derecho extranjero y ordenar al juez aplicarlo de oficio, se establece la facultad de las partes a coadyuvar, mediante el aporte de informaciones relativas al derecho extranjero, y también la potestad del juez de indagar lo que considere necesario para la aplicación de aquel derecho. Lo anterior se resume en el principio *iura novit curia*, es decir, que los tribunales están en la obligación de indagar el contenido y el sentido del derecho que van a aplicar y las partes podrán colaborar con esta indagación, sin que esta colaboración pueda confundirse con una obligación¹⁴.

No cabe duda entonces que en Venezuela el principio *iura novit curia* respecto del derecho nacional y del derecho extranjero resulta plenamente aplicable por vía de legislación expresa, con lo que el juez nacional conoce y aplica de oficio tanto el derecho nacional como el derecho extranjero que considere aplicable para decidir la controversia, independientemente de las normas jurídicas alegadas o no por las partes.

¿El principio *iura novit curia* es trasladable al arbitraje?

Nos ha parecido que el análisis que hemos hecho del principio *iura novit curia* y su significado y alcance en los juicios ante los tribunales, puede resultar muy útil a la hora de determinar en qué medida dicho principio es trasladable al arbitraje. La doctrina nacional, desde la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 ha abordado múltiples temas de derecho arbitral¹⁵, pero no ha tratado el tema de la aplicación del principio *iura novit curia* en este campo. La doctrina arbitral comparada por su parte ha considerado que, a pesar de las diferencias entre el litigio ordinario y el arbitraje, ciertamente resulta de

¹⁴ MAEKELT, Tatiana B. de. “Tratamiento Procesal del Derecho Extranjero”, en: Ley de Derecho Internacional Privado Comentada, Tomo II, Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, Tomo II, págs. 1225-1226.

¹⁵ Queremos resaltar aquí dos obras seminales en materia de derecho arbitral en Venezuela: Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Caracas, 1999 y Arbitraje Comercial Interno e Internacional y Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas, Caracas, 2005, publicadas por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, con importantes trabajos de prestigiosos académicos como Rengel Romberg, Brewer Carias, Hernández Bretón, Baumeister, Duque Corredor, Rodner, Maekelt, además de otros expertos autores como Anzola, Mezgravis, Escovar Alvarado, Barnola, entre otros.

utilidad observar el tratamiento del principio en el derecho procesal, es el caso del autor CHRISTIAN ALBERTI, cuyo esclarecedor trabajo es de obligada referencia¹⁶.

Sobre la situación en Venezuela debemos comenzar diciendo que la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 en su artículo 8 establece que los árbitros, cuando son de derecho y no de equidad, deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos. No vemos mayor diferencia entre lo que dispone esta norma y lo que dispone el artículo 12 del CPC respecto de los jueces. Los jueces en sus decisiones deben atenerse al derecho, y los árbitros en sus laudos deben observar las disposiciones de derecho. Si el artículo 12 del CPC es la expresión legislativa del principio *iura novit curia* en el procedimiento civil, el artículo 8 de la LAC bien puede constituir la expresión legislativa de dicho principio en el procedimiento arbitral.

Algo parecido ocurre con los vigentes reglamentos de los centros de arbitraje venezolanos, tanto el del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA como el del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Ambos contienen normas aplicables al fondo de la controversia, concretamente los artículos 32 y 59 respectivamente, y disponen prácticamente lo mismo: que el Tribunal Arbitral aplicará, o deberá aplicar, al fondo de la controversia, el derecho que las partes hayan convenido, las normas jurídicas que las partes hayan acordado libremente, y si las partes no convinieren en el derecho aplicable, a falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará el derecho que juzgue apropiado, las normas jurídicas que considere apropiadas. Estas normas a nuestro modo de ver también pueden considerarse como expresión normativa del principio *iura novit curia* en el procedimiento arbitral.

Por su parte, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional contempla que a falta de acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable al fondo de la controversia, el Tribunal Arbitral debe aplicar la ley que determinen las normas de conflictos de leyes que estime aplicable, Nuestra LAC, inspirada en la Ley Modelo, y los reglamentos de nuestros centros de arbitraje, optaron más bien

¹⁶ ALBERTI, Christian. Ob.Cit. pág. 6.

por facultar al Tribunal Arbitral para aplicar el derecho que consideren apropiado, sin referencia a normas de derecho internacional privado sobre conflicto de leyes.

Veamos cual es la situación en el derecho arbitral comparado. En un importante trabajo de TERESA ISELE, esta autora sueca expone que el *English Arbitration Act* de 1996, aplicable a arbitrajes con sede en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, confiere a las partes el derecho a convenir en qué medida el tribunal arbitral debe por sí mismo tomar la iniciativa para indagar sobre los hechos y sobre el derecho, y a falta de dicho acuerdo le corresponde al propio tribunal arbitral decidirlo. Esto se ha considerado como la aplicación del principio *iura novit curia* si las partes o el tribunal arbitral lo acuerdan. En Suiza el Tribunal Federal consistentemente ha sostenido que el principio *iura novit curia* aplica en arbitraje, aunque dicha aplicación puede ser restringida por las partes, y siempre los árbitros pueden requerir de las partes que establezcan el contenido de la ley extranjera. El derecho de las partes a ser oídas no se extiende al razonamiento legal de los árbitros, a menos que se trate de un nuevo razonamiento legal que resulte sorpresivo para las partes. Respecto a las reglas de los centros de arbitraje internacional, muchas no regulan el asunto, excepto las de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) de 1998, cuyo artículo 22.1(c) parece incorporar el principio *iura novit curia*, al conferir al tribunal arbitral autoridad para indagar y aplicar el derecho *-sua sponte-* es decir, por su cuenta o de oficio, pero sólo bajo el acuerdo de las partes¹⁷. Esto estaba en línea con lo previsto en el *English Arbitration Act* de 1996, pero hay que hacer notar que el Reglamento del LCIA de 1998 fue modificado en 2014 y esa norma ya no reza de esa forma, sino que establece que el tribunal arbitral decidirá la disputa de acuerdo con la ley escogida por las partes, y que si el tribunal arbitral decide que las partes no la han escogido, aplicará la ley que considere apropiada, eliminándose la referencia a la autoridad para indagar y aplicar *-sua sponte-* el derecho por acuerdo de las partes.

En un trabajo conjunto del reputado autor inglés y experto en arbitraje internacional NIGEL BLACKABY y su dilecto pupilo, el venezolano

¹⁷ ISELE, Teresa. Ob.Cit. pág. 4.

RICARDO CHIRINOS, éstos sostienen que las reglas de la mayoría de los centros de arbitraje, incluyendo las de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), no siguieron el mismo camino del Reglamento de la LCIA de 1998. Cabe señalar que el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CCI establece que a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas, sin especificar que lo podrá hacer *sua sponte*. Además señalan estos autores que el aforismo *iura novit curia* es un principio de derecho procesal inherente a la función jurisdiccional, que se ha expresado en el derecho nacional de diferentes jurisdicciones, especialmente las de derecho civil que si bien es aplicado por los jueces al decidir litigios a nivel doméstico, no es unánimemente aceptado en el campo del arbitraje comercial internacional. Para estos autores, la aplicabilidad de este principio en el arbitraje internacional debe ser necesariamente producto de su adaptación a las necesidades y características propias de esta disciplina, pues las circunstancias que rodean las funciones jurisdiccionales de un juez son distintas a las que están presentes en las funciones de un tribunal arbitral internacional a la hora de dictar un laudo. Se trata de mundos distintos. Cuando el juez dicta su sentencia lo hace conforme a su propio derecho nacional, que se presume que conoce, mientras que los miembros de un tribunal arbitral internacional en muchos casos son neutros, no han sido educados en el derecho aplicable a la controversia y no cuentan con experiencia en su manejo y aplicación. Por ello, estos autores sostienen que la aplicación del principio *iura novit curia* no resulta apropiada en el arbitraje comercial internacional, al menos en la misma forma en que dicho principio es utilizado por los jueces al dictar su sentencia conforme a su derecho nacional. Tampoco a estos autores les convence que pueda asimilarse la labor de los árbitros internacionales a la de los jueces nacionales cuando les corresponde aplicar derecho extranjero, entre otras cosas porque la manera de determinar y aplicar el derecho extranjero varía de jurisdicción en jurisdicción y eso no permite tener un principio de aplicación uniforme en el contexto del arbitraje internacional¹⁸.

¹⁸ BLACKABY, Nigel, CHIRINOS, Ricardo. “Consideraciones sobre la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional”, en ACIDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Universidad del Rosario, v. 6, págs. 80-84.

Para BLACKABY/CHIRINOS, la aceptación irrestricta del principio *iura novit curia* permitiría a un tribunal arbitral fundamentar decisiones no sólo con base en los argumentos presentados por las partes sino también con base en nuevos argumentos que el tribunal pueda desarrollar de oficio sobre normas o principios que no se hayan ventilado durante el arbitraje, lo cual resulta contrario a varios pilares del arbitraje internacional, como lo son el consentimiento, el deber del tribunal de dictar un laudo válido y ejecutable, el derecho a la defensa, el deber del tribunal de actuar de forma imparcial y el principio de igualdad entre las partes. En caso de decidir sobre asuntos que no forman parte del contradictorio, el tribunal estaría actuando fuera de los límites de su jurisdicción, y en consecuencia, contra la propia voluntad de las partes al someter su disputa a arbitraje. Además atentaría contra la prohibición de *ultra petita* y *extra petita* según la cual el tribunal no puede conceder a las partes nada más allá de lo reclamado ni nada diferente a lo reclamado, dando pie a que la validez del laudo sea cuestionada y faltando así a su deber de emitir un laudo válido y ejecutable. Adicionalmente se estaría privando a las partes de la oportunidad de expresar su posición y exponer sus alegatos respecto a los fundamentos sobre los cuales el tribunal basó su decisión¹⁹.

Según estos autores, en el otro extremo se encuentran quienes niegan por completo la aplicabilidad del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional. Citan al famoso autor y árbitro Ives Derain, quien ha afirmado que el principio *iura novit curia* no tiene lugar en materia de arbitraje y mucho menos en materia de arbitraje internacional. Sin embargo, BLACKABY/CHIRINOS opinan que el principio no es aplicable al arbitraje internacional en la misma forma en que es aplicado por los jueces a nivel doméstico. Por ejemplo, si las partes han pasado por alto principios fundamentales del derecho aplicable o de orden público en sus argumentos, los árbitros deben tener la facultad de identificar esos principios, pues de lo contrario estarían atados de manos con el riesgo de que se emitan laudos no completamente apegados al derecho aplicable, pero siempre que los árbitros brinden a las partes una oportunidad razonable de pronunciarse al respecto y

¹⁹ BLACKABY, Nigel, CHIRINOS, Ricardo. Ob.Cit. págs. 84-85.

presentar sus argumentos²⁰. Por ello estos autores concluyen que la forma más adecuada para abordar el problema es a través de una postura intermedia que responda a la necesidad de poner en una balanza todos los intereses involucrados: los deberes y poderes del tribunal arbitral en el ejercicio de su función decisoria así como los derechos de las partes dentro del proceso arbitral. Para que la aplicación del principio *iura novit curia* resulte excesiva el tribunal tendría que basarse en una teoría jurídica completamente nueva sobre la cual las partes no hayan tenido oportunidad de presentar su posición y que dicha teoría sea decisiva para la resolución de la disputa²¹.

En igual sentido se pronuncia ALBERTI, señalando que no hay una regla universal que establezca que el principio *iura novit curia* debe aplicarse en el arbitraje internacional, su aplicación difiere dependiendo de la jurisdicción y de su interacción con otros principios procesales. Los tribunales arbitrales deben aplicarlo con gran deferencia a las circunstancias del caso y proveer a las partes de oportunidad para ser oídas sobre nuevos razonamientos legales que los árbitros consideren incluir de manera que no resulten sorpresas que las partes no pudieron razonablemente prever²².

En su trabajo, ALBERTI analiza el *case law* sobre el tema señalando que usualmente la jurisprudencia contempla la interacción del principio *iura novit curia* con otros principios generales procesales fundamentales como el principio de *ne ultra petita*, esto es, que las decisiones judiciales y arbitrales no pueden otorgar más de lo pedido por las partes, y el derecho de las partes a ser oídas. La mayoría de los autores recomiendan que un tribunal arbitral prudente debe siempre permitir a las partes argumentar sobre nuevos aspectos de derecho antes de laudo, ya que el derecho a ser oído es uno de los pilares del debido proceso, también en el arbitraje. Podría preguntarse hasta qué punto el procedimiento arbitral debe ser trastornado por nuevas rondas de alegatos cuando los tribunales arbitrales pretendan introducir nuevos razonamientos legales, siendo que recae en los tribunales y no en las

²⁰ BLACKABY, Nigel, CHIRINOS, Ricardo. Ob.Cit. pág. 87.

²¹ BLACKABY, Nigel, CHIRINOS, Ricardo. Ob.Cit. pág. 88.

²² ALBERTI, Christian. Ob.Cit. págs. 24-28.

partes encontrar la decisión correcta, como rol elemental del sentenciador. ALBERTI cita el caso *Systembolaget*, decidido por la Corte de Apelaciones Sueca, el cual ilustra que el principio *iura novit curia* encuentra sus límites cuando una parte no podía razonablemente anticipar que una disposición o principio legal no invocado sería relevante en la decisión del tribunal arbitral. Este criterio ha sido aplicado también en la jurisprudencia suiza. Cita también jurisprudencia de arbitraje de inversiones donde se ha establecido que un tribunal arbitral debe dar a las partes una justa oportunidad para presentar argumentos sobre el “bloque esencial” de la conclusión del tribunal, más no es necesario que el tribunal tenga que referir a las partes cada nueva inferencia legal sobre los hechos primordiales del caso. En definitiva el derecho de las partes a ser oídas debe garantizarse también en el contexto del principio *iura novit curia*, lo que significa que el tribunal arbitral debe brindar a las partes la oportunidad para ser oídas cuando pretenda basar su decisión en razonamientos legales que no han sido presentados por las partes y que puedan dar lugar a una decisión razonablemente imprevista. Sin embargo, el derecho de las partes a ser oídas no puede ser ilimitado y no puede llegar tan lejos como para imponer al Tribunal que consulte a las partes sobre toda inferencia legal que no haya sido presentada por las partes en el curso del procedimiento. Tampoco las partes deben hacer mal uso de su derecho a ser oídas alegando falsamente haber sido sorprendidas por la decisión. El efecto sorpresa debe ser rechazado cuando se trate de la naturaleza de la relación contractual entre las partes o de las consecuencias de ciertos términos contractuales que se hayan referido sin mencionar su razonamiento legal²³.

Por su parte ISELE señala que algunos niegan que el derecho de las partes a ser oídas se extienda a los aspectos legales, pues está a cargo del juzgador encontrar el derecho aplicable correcto y no a cargo de las partes, con lo cual el derecho de las partes a ser oídas está relacionado con los hechos, y sólo habría que otorgarlo en caso de que exista la posibilidad de que el nuevo razonamiento legal pueda hacer nuevos hechos importantes. Sin embargo, ISELE concuerda en que el derecho de las partes a ser oídas siempre debe ser concedido en relación con los

²³ ALBERTI, Christian. Ob.Cit. págs. 18-25.

razonamientos legales que el tribunal arbitral introduzca por su propia cuenta, asegurando así el debido proceso²⁴. En cuanto a si aplicar una ley no invocada por las partes puede comprometer la imparcialidad del tribunal arbitral y la igualdad de las partes al decidir éste en base a argumentos

legales no presentados por las partes y por lo tanto suplidos en favor de la parte que resulte ganadora, ISELE apunta algo que nos parece muy válido: el principio *iura novit curia* busca arribar a la correcta aplicación del derecho, lo cual no puede considerarse sino neutral; la decisión final en favor de una parte no es necesariamente parcializada sino podría ser solamente la correcta aplicación de la ley. Esta neutralidad en decidir el caso en base a estándares objetivos de derecho y su correcta aplicación es exactamente lo que constituye la imparcialidad²⁵.

En el mismo sentido vale la pena hacer referencia a la 73 Conferencia de la *International Law Association* celebrada en Río de Janeiro en agosto de 2008, precisamente sobre el tema de la determinación del contenido de la ley aplicable en el arbitraje comercial internacional. Entre sus recomendaciones podemos resaltar las siguientes: (i) los árbitros no están confinados a los alegatos de las partes sobre el contenido de la ley aplicable, (ii) pueden interrogar a las partes sobre los aspectos legales, argumentos y evidencias presentadas por las partes, (iii) pueden revisar fuentes no invocadas por las partes y apoyarse en sus propios conocimientos sobre la ley aplicable, de una manera transparente, y (iv) antes de llegar a sus conclusiones y emitir su laudo, los árbitros deben dar a las partes oportunidad razonable para ser oídas sobre los aspectos legales que puedan ser relevantes al caso, y no deben dar decisiones que razonablemente pueda esperarse que sorprendan a las partes²⁶.

Como conclusión puede apuntarse que el principio *iura novit curia* resulta aplicable en el arbitraje doméstico, abarcando la aplicación de oficio por los árbitros tanto del derecho sustantivo nacional como del

²⁴ ISELE, Teresa. Ob.Cit. págs. 14-15.

²⁵ ISELE, Teresa. Ob.Cit. pág. 12.

²⁶ <http://www.ila-hq.org/index.php/publications/order-reports>. La International Law Association suele producir periódicamente reportes y recomendaciones sobre diversos temas de derecho arbitral, que son usualmente tomados en cuenta y citados por la doctrina y jurisprudencia arbitral comparada.

derecho sustantivo extranjero, independientemente de que haya sido alegado o no por las partes, y en el arbitraje internacional la opinión mayoritaria parece inclinarse hacia la aplicación del principio *iura novit curia* de una manera en que no se afecte el derecho de las partes a ser oídas sobre argumentos de derecho nuevos que el tribunal arbitral pretenda aplicar que no pudieran ser anticipados razonablemente como aplicables por las partes y que resulten decisivos en la solución del caso.

**LA DEMANDA DE GUYANA
CONTRA VENEZUELA ANTE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA VALIDEZ
DEL LAUDO ARBITRAL DE 1899.
MILAGROS BETANCOURT.**

Agradezco a la Asociación Venezolana de Arbitraje y a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por su invitación y por haber aceptado incluir en el programa de la V Jornada de Arbitraje, esta ponencia sobre un tema vinculado a la institución del arbitraje, de mucha importancia e interés nacional.

Desarrollaré mi presentación del día de hoy en cuatro capítulos: 1. El origen de la disputa entre Venezuela y Guyana; 2. El arbitraje entre Estados; 3. El Tratado arbitral entre Venezuela y Gran Bretaña, el Laudo arbitral de 1899 y la situación surgida; y, 4. La demanda de Guyana contra Venezuela ante la Corte Internacional de Justicia y la no comparecencia de Venezuela al proceso.

ORIGEN DE LA DISPUTA:

La frontera entre Venezuela (incluyendo cuando formaba parte de la República de Colombia) y la Guayana Británica, estuvo fijada desde **1814** en el Río Esequibo, fecha en que Gran Bretaña obtuvo definitivamente ese territorio.

En **1825** cuando Gran Bretaña reconoce la República de Colombia, establece como límite entre las dos naciones, el Río Esequibo.

En **1835** se inicia lo que se llama la **expansión territorial de Gran Bretaña** hacia el occidente del Esequibo, con dos objetivos fundamentales:

Dominar el Orinoco, el cual permitía el control fluvial de la parte septentrional de América del Sur

Explotación de los recursos minerales, en particular oro, de este territorio.

Por encargo de los británicos, el explorador austriaco Robert Schomburgk inicia una expedición para definir el territorio británico en la zona.

Elabora un mapa en el cual fija los límites de la Guayana Británica con Venezuela, en el Río Esequibo, frontera establecida por la República de Colombia, exceptuando la región de Pomerun y Moruca, en un área de 4.920 Kms². Esta línea aceptada por Gran Bretaña, por la Royal Geographical Society y el Colonial Office, quienes patrocinaron la expedición.

Sin embargo en 1840 el mismo explorador hace avanzar esa línea en un área de 142.Kms² partiendo de la boca del Río Amacuro siguiendo una dirección norte-sur hasta llegar al Roraima. Es la llamada pseudo línea o segunda línea Shomburgk que plasma en el denominado Sketch Map, de “Parliamentary Papers” de ese año. Este mapa fue protestado por Venezuela. Este es el origen de la disputa.

El gobierno británico, encomienda una nueva expedición al mismo Shomburgk, quien, excediéndose de sus instrucciones, levanto postes, marco arboles e hizo actos de posesión del territorio los cuales fueron protestados formalmente por Venezuela.

En 1850 Venezuela y Gran Bretaña, firmaron un Acuerdo en el cual se comprometen a no ocupar el territorio en disputa comprendido entre la pseudo línea shomburgk, máxima aspiración de Gran Bretaña y el Esequibo. Este acuerdo estuvo vigente hasta el Laudo Arbitral de 1899. Se le conoce con el nombre de Acuerdo de 1850

Consta en los archivos venezolanos y del Foreign Office que Venezuela hizo todo tipo de gestiones para resolver la disputa con Gran Bretaña mediante un arbitraje de derecho, pues estaba segura de los títulos histórico-jurídicos que avalaban su reclamación.

La cuestión de la Guayana Esequiba fue planteada por Venezuela en la Conferencia Panamericana en Washington 1889-1890 por Nicanor Bolet Peraza, pero no se logró ninguna resolución en apoyo al país, por rechazo de los Estados Unidos.

En enero de 1895 se produce el “incidente de Yuruan” en el cual fueron detenidos por tropas venezolanas, comisarios ingleses que habían arriado la bandera de Venezuela e izado la británica.

El incidente costó una multa a Venezuela, **pero permitió el cambio de postura del Gobierno Americano**, para frenar las aspiraciones expansionistas de Gran Bretaña en América.

En diciembre de 1895 así lo deja claro el Presidente Groover Cleveland en su discurso al Congreso. Los Estados Unidos presionaron a Gran Bretaña para que aceptase el arbitraje.

EL ARBITRAJE ENTRE ESTADOS

El origen del arbitraje para resolver asuntos entre entidades políticas, se sitúa desde Grecia y China, en épocas remotas y más tarde en la Edad Media cuando se acostumbrara someter a terceros la solución de conflictos o desacuerdos.

Pero, el primer antecedente directo lo encontramos en 1794 con el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre los Estados Unidos y Gran Bretaña, conocido como Tratado Jay o Tratado de Londres, adoptado para resolver las controversias que habían surgido tras la guerra de independencia que el arbitraje se instituye como mecanismo de solución de controversias, aunque entonces *ad hoc* y facultativo.

La técnica utilizada en esa época era la del arbitraje diplomático que implicaba la presencia de un árbitro único —un hombre político, frecuentemente un Jefe de Estado, no de un juez profesional— o de un órgano diplomático mixto. La decisión arbitral era una transacción, un compromiso más o menos equilibrado entre pretensiones opuestas, no un juicio de derecho.

La institucionalización, ocurrirá años más tarde, en las Conferencias de Paz de la Haya de 1899 y de 1907.

De acuerdo con el artículo 15 de la Convención de La Haya de 1899 “el arbitraje internacional tiene por objeto el arreglo de las controversias entre Estados por jueces de su elección y sobre la base del respeto del derecho”. Esta definición recoge los rasgos generales del arbitraje que serán confirmados por la práctica ulterior:

el consentimiento de las partes para recurrir a él;

la decisión basada en el derecho, aunque el árbitro puede fundar también su decisión en la **equidad;**

jueces elegidos por las partes y ,

decisiones vinculantes y definitivas que las partes deben cumplir de **buena fe.**

La práctica internacional del siglo XIX y de comienzos del XX, muestra su utilización e incluso utilidad como mecanismo jurisdiccional en América Latina.

En el caso particular de Venezuela, tenemos el laudo arbitral español de 1865, mediante el cual se otorga la soberanía a Venezuela sobre Isla de Aves. Antes, en 1860, ante las pretensiones de los Países Bajos, los dos Gobiernos decidieron someter al arbitraje de la Reina Isabel II de España, la soberanía sobre Isla de Aves.

Más tarde, el laudo arbitral de la Reina Cristina de España de 1891, en relación con la delimitación con Colombia desde Castilletes, en la Goajira. Se crearon entonces Comisiones Mixtas para la demarcación de la frontera, es decir, para la ejecución del laudo arbitral. La demarcación será sometida al arbitraje del Consejo Federal suizo que dicta el laudo arbitral, en 1922.

Luego el arbitraje entre Venezuela y Gran Bretaña sobre el asunto de la Guayana Esquiba que culminó con el Laudo de 1899.

En la I Conferencia de La Haya de 1899 antes mencionada, se crea la **Corte Permanente de Arbitraje** (CPA), como órgano permanente que en realidad es un esquema de solución de controversias con reglas preestablecidas, tanto en relación con su estructura, como en su funcionamiento con base en una Lista de Árbitros, que constituyen lo que se conoce como el Grupo Nacional de cada país. Es más una manera de facilitar la creación de tribunales *ad hoc* que una Corte como tal.

Venezuela también recurrió al esquema previsto en la Corte Permanente cuando sometió al Tribunal las reclamaciones planteadas por los Estados Unidos, en relación con las *Compañías Orinoco Steamship Co*, la *Orinoco Corporation* y la *United States and Venezuela Company* (*Reclamación Crichfield*). Antes, en 1903, la Corte había conocido el asunto relativo al *derecho de preferencias reclamado por las potencias en el bloqueo a Venezuela*, en relación con el cual la Corte decidió que “Alemania, Gran Bretaña e Italia tenían el derecho a un tratamiento preferencial para el pago de sus reclamaciones contra Venezuela”

La CPA conocía inicialmente sólo controversias entre Estados. Hoy, después de la última modificación de su Estatuto, puede conocer controversias mixtas, entre privados y Estados e incluso, entre organizaciones internacionales.

En 1907 las normas aplicables al procedimiento arbitral entre Estados fueron mejoradas en la Segunda Conferencia de Paz de La Haya de ese año

El artículo 38 de la I Convención de La Haya de 1907 se señala en que:

“...el arbitraje es reconocido como el medio más eficaz y al mismo tiempo, el más equitativo, para solucionar las controversias que no son resueltas por la vía diplomática”.

Y finalmente, después de 1914 quedaron consolidados los principios que orientan el arbitraje entre Estados como lo conocemos y funciona actualmente:

principio de la competencia del tribunal arbitral para determinar su competencia, principio aplicable a la jurisdicción internacional, en general,

igualdad de las partes,

derecho a ser oídas en igualdad de condiciones,

independencia de los árbitros.

decisiones definitivas y vinculantes,

ejecución de las decisiones de buena fe.

Arbitraje obligatorio y arbitraje facultativo

El arbitraje se funda, como dijimos antes, en el consentimiento de las partes, lo que ha sido confirmado de manera reiterada por la jurisprudencia internacional.

Se puede expresar el consentimiento mediante un **compromiso arbitral, cláusula compromisoria o tratado de arbitraje, previo o anterior, en el que las partes convienen en someter a arbitraje las controversias que surjan entre ellas con posterioridad a la firma de dicho compromiso o tratado.** Estos tratados o compromisos arbitrales pueden ser bilaterales o multilaterales.

Así, por ejemplo, el tratado bilateral suscrito entre Colombia y Venezuela en 1939: Tratado de no agresión, conciliación, arbitraje y arreglo judicial, por el que las partes se obligan a no recurrir a la guerra

como medio de solución de controversias y a recurrir a los medios descritos en el mismo.

Los Estados suscriben también, **Tratados generales de arbitraje en el ámbito multilateral**, como por ejemplo, en la región americana, el Tratado General de Arbitraje Interamericano, del 5 de enero de 1929, en el que los Estados “se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias de carácter internacional que hayan surgido o surgieren entre ellas con motivo de la reclamación de un derecho formulada por una contra otra en virtud de un tratado o por otra causa, que no haya sido posible ajustar por la vía diplomática y que sea de naturaleza jurídica por ser susceptible de decisión mediante la aplicación de los principios del derecho”(Art.).

En el ámbito multilateral universal se observa la inclusión del arbitraje como medio de solución de controversias, en numerosos textos, entre ellos algunos constitutivos de organismos internacionales, como el Acuerdo Constitutivo del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), en el que se incluye la norma de arbitraje, aunque los Estados pueden hacer reservas; y, un Anexo en relación con la estructura y el funcionamiento del órgano arbitral. **Es este el arbitraje obligatorio.**

Pero también el compromiso arbitral o tratado arbitral puede concluirse **después de agotadas las negociaciones** en relación con una determinada controversia, como es el caso de Venezuela y Gran Bretaña en la disputa por el territorio Esequibo, al cual me referiré más adelante.

Se trata del **arbitraje facultativo** en el que las partes firman un tratado o compromiso arbitral para establecer la constitución del Tribunal u órgano arbitral, las reglas de procedimiento, la cuestión precisa que se plantea, el carácter de la decisión, entre otros aspectos..

El arbitraje como medio de solución pacífica de controversias entre Estados quedo finalmente consagrado en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 33).

La ejecución de las decisiones arbitrales y otros medios de solución de controversias

La adopción de una Decisión o Laudo arbitral en el arbitraje entre Estados, en ocasiones no resuelve totalmente la controversia planteada. Pueden surgir problemas en cuanto a la interpretación o la revisión de la

misma, e incluso acerca de su nulidad. En estos casos, surgen otros mecanismos, generalmente acordados por las partes, como la **mediación** o el **recurso a la Corte Internacional de Justicia**.

Una decisión arbitral, su ejecución o su interpretación, puede ser en efecto conocida después, por un órgano jurisdiccional como sería el Caso de la *Sentencia del 31 de julio de 1989*, asunto planteado ante la CIJ en el que Guinea Bissau solicitaba a la Corte decidir que el laudo del 31 de julio de 1989 era inexistente que subsidiariamente era nulo y no tenía ningún valor y que Senegal no podía exigir su cumplimiento. Ese tribunal arbitral había considerado válido el acuerdo suscrito entre Francia y Portugal, de 1960. La Corte concluyó que el laudo era válido y vinculante para ambos Estados, por lo que tenían la obligación de aplicarlo.

En el caso del *Canal de Beagle*, tras la controversia planteada entre las partes, en relación con la ejecución del fallo, éstas aceptaron recurrir a la **mediación** de la Santa Sede, con base en el Acuerdo de Montevideo del 8 de enero de 1979. Los gobiernos de los dos países se comprometieron a no hacer uso de la fuerza. Chile había aceptado el fallo e incluso lo había incorporado a su orden jurídico interno, mientras que Argentina lo declaraba nulo. El 12 de diciembre de 1980 Juan Pablo II dio a conocer su propuesta como mediador.

Más tarde, ante la no solución definitiva de la controversia, los dos países suscribieron el Tratado de Paz y Amistad, de 1984 por el que se resolverían las diferencias limítrofes al sur de la isla Grande de Tierra del Fuego.

En el caso de la Reclamación de Venezuela en el territorio Esequibo en el cual hay un laudo arbitral que Venezuela ha considerado nulo e irritado, luego del establecimiento de un fallido mecanismo ulterior, los buenos oficios, ejercidos por un Representante del Secretario General de las Naciones Unidas, para resolver con las partes la controversia planteada, se encuentra en la Corte Internacional de Justicia para la determinación de su validez, como ha solicitado Guyana.

EL TRATADO ARBITRAL DE 1897 Y EL LAUDO ARBITRAL DE 1899:

El 2 de febrero de 1897 Venezuela firma con Gran Bretaña en la ciudad de Washington el Tratado de Arbitraje, en el cual se acordó someter a arbitraje de derecho la disputa territorial entre ambas partes, se determinó la composición del tribunal arbitral y en el artículo IV, las reglas que estos deberían aplicar:

“Una posesión adversa o prescripción por el término de cincuenta años constituirá un buen título. Los Árbitros podrán estimar que la dominación política exclusiva de un Distrito así como la efectiva colonización de él son suficientes para constituir una posesión adversa o crear títulos de prescripción;

Los Árbitros podrán reconocer y hacer efectivos derechos y reivindicaciones que se apoyen en cualquier otro fundamento válido conforme al derecho internacional y en cualesquiera principios de derecho internacional que los Árbitros estimen aplicables al caso y que no contravengan la regla precedente;

Al determinar la línea divisoria, si el Tribunal hallare que territorio de una parte ha estado en la fecha de este Tratado ocupado por los ciudadanos o súbditos de la otra parte, se dará a tal ocupación el efecto, que en opinión del Tribunal requieran la razón, la justicia, los principios del derecho internacional y la equidad del caso”.

El Tribunal Arbitral quedó conformado por Lord Russell of Kilowen y Lord Henn Collins por Gran Bretaña, Melville Winston Fuller y David Josiah Brewer, miembros de la Corte Suprema de Estados Unidos, en representación de Venezuela. El jurista ruso Federico De Martens fue designado para presidir el Tribunal. Secretario del Tribunal fue el abogado Severo Mallet Prevost.

Al frente de los abogados por Venezuela estaba el ex presidente de Estados Unidos Benjamin Harrison.

No se permitió a ningún jurista venezolano formar parte del Tribunal arbitral.

El agente de Venezuela fue José Maria de Rojas.

EL LAUDO DE 1899

Fue adoptado el 3 de octubre de 1899, el cual resultado totalmente desfavorable para Venezuela, dando plena razón a los alegatos de Gran Bretaña y atribuyendo a esta el territorio reclamado por Venezuela al occidente del Rio Esequibo.

Es un Laudo simple, breve, sin motivación que contiene la transcripción del Tratado Arbitral de 1899 y dos párrafos dispositivos: el primero para establecer la línea divisoria que determinara la frontera entre Venezuela y la Guayana Británica y el Segundo ordenar la libre navegación de los ríos Amacuro y Barima.

LOS VICIOS DEL LAUDO ALEGADOS POR VENEZUELA

Falta de motivación del Laudo

Atribuye valor jurídico a una línea alterada por los británicos.

Los árbitros no tomaron en cuenta para decidir las reglas de derecho como el principio del Uti possidettis juris

No decidieron la manera como debía computarse el plazo de 50 años de prescripción a que se refería el Tratado de arbitraje.

Exceso de poder o ultra petita al establecer la libre navegabilidad de los ríos Amacuro y Barima, asunto que no formaba parte de la controversia o material a decidir.

Más que un Laudo fue un compromiso diplomático entre Estados Unidos y Gran Bretaña.

Las primeras denuncias sobre la nulidad del Laudo

1903. Venezuela denuncia el Laudo ante la Corte Permanente Internacional de Justicia de La Haya (antecedente de la actual Corte Internacional de Justicia)

Naciones Unidas.

Desde ese momento Venezuela no ha dado se asentimiento al laudo del 3 de octubre de 1899. Sin embargo el Laudo fue ejecutado al establecerse las demarcaciones correspondientes.

El Memorandum de Severo Mallet Prevost

En 1949 se publica el Memorandum póstumo del Secretario del Tribunal Arbitral, en el cual se revelan todos los detalles de cómo se llevó adelante la “farsa” del Tribunal arbitral.

En 1962 el canciller venezolano Marcos Falcón Briceño denuncia en la Organización de Naciones Unidas (ONU) que el laudo arbitral de 1899, que le había otorgado a Guyana el territorio Esequibo, era nulo e irrito por haber sido producto de actos fraudulentos entre árbitros ingleses y el presidente del tribunal el ruso De Martens.

Esto motive la apertura de un proceso de conversaciones entre Venezuela y Gran Bretaña en el que se logró que este país aceptara la existencia de una controversia o disputa territorial con Venezuela.

El Acuerdo de Ginebra

El 17 de febrero de 1966, durante el gobierno del presidente Raúl Leoni, una delegación presidida por el entonces canciller, Ignacio Iribarren Borges, negoció con el Reino Unido y el primer ministro de la aún colonia de Guyana, Forbes Burnhan, y firmaron un tratado en el que tanto Venezuela como Guyana exponían su posición para resolver el conflicto territorial.

Es el conocido Acuerdo de Ginebra y en el mismo se conviene en que efectivamente hay una disputa territorial y se buscaran los medios para lograr una solución práctica aceptable para los dos Estados. A tales efectos se crea una Comisión Mixta.

Lo más importante de este acuerdo es el procedimiento a seguir en caso que la Comisión Mixta no pudiese llegar a una solución, previsto en el artículo 4.

(1) Si dentro de un plazo de cuatro años contados a partir de la fecha de este Acuerdo, la Comisión Mixta no hubiere llegado a un acuerdo completo para la solución de la controversia, referirá al Gobierno de Venezuela y al Gobierno de Guayana en su Informe final cualesquiera cuestiones pendientes. Dichos Gobiernos escogerán sin demora uno de los medios de solución pacífica previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

(2) Si dentro de los tres meses siguientes a la recepción del Informe final el Gobierno de Venezuela y el Gobierno de Guyana no hubieren llegado a un acuerdo con respecto a la elección de uno de los medios de solución previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, referirán la decisión sobre los medios de solución a un órgano internacional apropiado que ambos Gobiernos acuerden, o de no llegar a un acuerdo sobre este punto, al Secretario General de las Naciones Unidas. Si los medios así escogidos no conducen a una solución de la controversia, dicho órgano, o como puede ser el caso, el Secretario General de las Naciones Unidas, escogerán otro de los medios estipulados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, y así sucesivamente, hasta que la controversia haya sido resuelta, o hasta que todos los medios de solución pacífica contemplados en dicho Artículo hayan sido agotados.

-Entre 1966 y 1970 se celebraron una serie de negociaciones entre Venezuela y Guyana a fin de encontrar arreglos prácticos y satisfactorios para la controversia pero no se alcanzaron debido a que Guyana insistió permanentemente en que lo que tenía que hacer Venezuela era **probar la nulidad del laudo de 1899**

-**En 1970** vista de que no se avanzaron en las negociaciones, se firmó el Protocolo de Puerto España, un acuerdo suscrito durante el Gobierno de Rafael Caldera **para suspender por 12 años la aplicación del Acuerdo de Ginebra, en vista de que para esa época el problema principal del gobierno de turno era la delimitación de áreas marinas y submarinas en el Golfo de Venezuela.**

-**En 1982**, Venezuela anuncia que no va a prorrogar el Protocolo de Puerto España y el gobierno del presidente venezolano Jaime Lusinchi decide llevar el conflicto a la ONU.

- **En 1983** el Secretario General de las Naciones Unidas designa un representante personal, Diego Cordovéz, para determinar el método de solución pacífica de controversia que establecía el Acuerdo de Ginebra. En 1984 es designado por Venezuela a Emilio Figueredo, como Embajador ante las Naciones Unidas para la aplicación del Acuerdo de Ginebra, para acordar el método de solución pacífica contemplado en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

-Las negociaciones para determinar el método aplicable para la solución del conflicto duró desde 1984 a 1989, en ese lapso hubo insistencia del representante de Naciones Unidas por aplicar la fórmula de Cordovéz (conciliación más arbitraje), mientras que el embajador Emilio Figueredo con su contraparte Shridath Ramphal, ex canciller de Guyana, para entonces Secretario General del Commonwealth trabajaban por los buenos oficios.

-El híbrido que presentó Cordovéz contemplaba que si no se llegaba a un acuerdo entre las partes por medio de la conciliación debía comenzarse el arbitraje con la participación de un tercero designado con poder de decisión

El resultado de la negociación fue que en 1989 los cancilleres de Venezuela, Reinaldo Figueredo Planchart y de Guyana, Rashley Jacson, solicitaron conjuntamente una audiencia con el secretario de las Naciones Unidas, Javier Pérez de Cuellar, las partes determinaron **que el método serían los buenos oficios.**

-El método del buen oficiante consiste en la asistencia de un tercero en las negociaciones para ayudar a las negociaciones pero no decide ni nada acerca las posiciones de los que están negociando.

Desde esa oportunidad hasta 2014 hubo tres (3) buenos ofician-tes. Uno renunció a su labor y dos murieron, el último en morir fue Norman Girvan, luego de su muerte en 2014 no hubo un nuevo nombramiento de esta figura. Los años en los que se aplicó este método no fueron aprovechados para lograr un acuerdo práctico y pacífico

En Julio de 2015 Venezuela solicitó a Naciones Unidas, la designación de un Nuevo Buen Oficiante, lo cual hizo el Nuevo Secretario General; en el año 2017, recayendo dicho nombramiento en la persona del Diplomático Noruego Ya Dag Nylander, con lo que por primera vez desde que se usa esa figura, la misma recae en un no caribeño;

Postura de Venezuela a partir de 2002.

-Hasta el año 2002 el presidente Hugo Chávez mantuvo la misma posición tradicional que había tenido Venezuela al rechazar una concesión que Guyana le dio a la empresa norteamericana Bell Aéreo Space, que intentaba ubicar una plataforma para lanzamiento de satélite en la

zona en reclamación pero desde 2004 cambia la postura del gobierno venezolano cuando el presidente Hugo Chávez declara que no se opone a que Guyana desarrolle proyectos en el territorio en reclamación “siempre que estos sean en beneficios de sus habitantes de allá”.

-En el año 2008 el presidente Hugo Chávez en el discurso en la Cumbre de Río dijo **que la reclamación venezolana sobre el territorio Esequibo había sido el producto de las presiones del gobierno norteamericano para evitar que con la independencia de Guyana el presidente fuese el socialista Cheddi Jagan.** Estas declaraciones representaron una descalificación de la reclamación venezolana frente a Guyana, declaraciones que además no se correspondían con la veracidad de los hechos históricos. Esta era más bien la posición del gobierno de Cuba y que asumió también Venezuela para politizar el tema del conflicto territorial.

-Como consecuencia de la posición de Chávez la Cancillería toleró toda clase de concesiones incluso tres en las áreas marinas que no solo cubrían zona en reclamación sino que se adentraban en aguas venezolanas. Se logró una posición distinta gracias a un movimiento importante de opinión pública, así fue que la cancillería rechazó la solicitud de Guyana de extender su plataforma continental que abarcaba toda la zona en reclamación y dos terceras partes de la fachada de Venezuela en el estado Delta Amacuro.

Gobierno de Nicolas Maduro

-El decreto No. 1787 del 8 de junio de 2015 para establecer las Zonas de defensa marítima (Zodeiman) implica un viraje de 180 grados con respecto a la posición de Hugo Chávez; utilizando a Exxon como excusa, **el gobierno de Nicolás Maduro rechaza por primera vez una concesión otorgada en la zona en reclamación**, no obstante, no se ha pronunciado sobre las otras 15 concesiones que hay en tierra. El decreto ha generado protestas de Guyana, Caricom y Surinam y por la Zodeiman occidental, protestas de Colombia. Todo esto complica las relaciones internacionales de Venezuela porque la comunidad internacional no está de acuerdo con este tipo de medidas, ninguna nación puede fijar límites territoriales unilateralmente.

LA DEMANDA DE GUYANA CONTRA VENEZUELA ANTE LA CIJ

El 16 de diciembre de 2016 el Secretario General de la ONU publicó un comunicado sobre la controversia entre Venezuela y Guyana por el territorio Esequibo, en el cual se afirma que el Proceso de los Buenos Oficios, iniciado en 1990, para tratar de buscar una solución a la controversia **“continuará por un último año, hasta el fin de 2017, con un mandato reforzado de mediación”**. Ban Ki-moon, agrega que **“también se ha llegado a la conclusión de que, si hacia fines de 2017, el Secretario General concluyera que no se ha logrado un avance significativo hacia un acuerdo completo para la solución de la controversia, elegirá la Corte Internacional de Justicia como el próximo medio de solución, a menos que los Gobiernos de Guyana y Venezuela, en forma conjunta, solicitarán que se abstenga de hacerlo”**.

El jefe de la ONU, Antonio Guterres, anunció este martes, 30 de enero, que ante la falta de avances, va a dejar en manos de la **Corte Internacional de Justicia (CIJ)** la solución a la disputa entre **Venezuela y Guyana** por la región del **Esequibo**.

“El secretario general ha analizado detenidamente lo acontecido en el transcurso de 2017 en el proceso de **buenos oficios** y ha llegado a la conclusión que no se ha alcanzado progreso significativo”, dijo su portavoz, Stéphane Dujarric, en un comunicado.

Como resultado, y siguiendo la recomendación que había hecho su antecesor, Ban Ki-moon, Guterres **“ha escogido a la Corte Internacional de Justicia** como el medio a ser utilizado para la resolución de la controversia”.

El jueves 30 de marzo Guyana introduce la demanda ante la Corte Internacional de Justicia, con la finalidad de que esta determine la validez del Laudo Arbitral de 1899, fundamentalmente.

El gobierno de Venezuela anunció a la Corte su decisión de no comparecer al proceso.

Consecuencias de esta decisión:

El no comparecer ante la Corte es un derecho que tienen los Estados, el cual usualmente va acompañado de alguna estrategia jurídica que le permita hacer conocer sus posiciones ante la demanda.

El hecho de no comparecer no implica que la Corte dará la razón al Estado que ha demandado unilateralmente, aun cuando ésta tenga el derecho de así solicitarlo.

En este sentido, el artículo 53 del Estatuto de la Corte es clarísimo al señalar que:

“1. Cuando una de las partes no comparezca ante la Corte, o se abstenga de defender su caso, la otra parte podrá pedir a la Corte que decida a su favor.

2. Antes de dictar su decisión, la Corte deberá asegurarse no solo de que tiene competencia conforme a las disposiciones de los artículos 36 y 37, sino también de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho”.

A estos efectos la Corte fijo la oportunidad para que cada una de las partes presente sus memorias o alegatos en relación con la competencia de la Corte. En el caso de Guyana deberá hacerlo el 19 de este mes de noviembre, y a Venezuela se le ha fijado para el mes de abril de 2019.

La Corte siempre ha lamentado el que los Estados no comparezcan y presenten sus argumentos para rechazar su competencia y ha señalado que si lo estima necesario, debe examinar de oficio lo relativo a su propia competencia.

Queda por determinar que hará el gobierno ante el requerimiento de la Corte para el próximo mes de abril, de manera de lograr que la Corte desestime la demanda por carecer de competencia para conocer de la controversia.

Son abundantes los argumentos que avalan la postura reiterada de Venezuela, como política de Estado, en cuanto a no reconocer como obligatoria la jurisdicción de la Corte, por lo que sería perder una oportunidad de oro de defender nuestra soberanía y los intereses de la República en este escenario.

Si la Corte se declara competente y conoce sobre el fondo de la controversia, lo más probable, es que, con base a su reiterada jurisprudencia, declare que el Laudo de 1899 es válido.

Caracas, 15 de noviembre de 2018.

**LA ELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS.
DR. CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

1) ACUERDO DE ARBITRAJE:

El artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial define al “*acuerdo de arbitraje*” como el “*acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual*”. Este artículo precisa que dicho acuerdo “*puede consistir*” (i) “*en una cláusula incluida en un contrato*”, o sea, una cláusula arbitral; o (ii) “*en un acuerdo independiente*”, es decir, un pacto separado.

La misma ley contempla dos tipos de arbitraje: el arbitraje independiente y el arbitraje institucional. Su artículo 2 establece que (i) el arbitraje independiente es “*aquel regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje*”; y (ii) el arbitraje institucional es “*el que se realiza a través de los centros de arbitraje*”, que pueden ser promovidos por las cámaras o gremios y otras organizaciones.

Hay dos grandes centros de arbitraje de Caracas, donde tienen lugar arbitrajes institucionales, a saber: (i) el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, fundado por la Cámara Venezolana Americana, VENAMCHAM, y el Centro Venezolano Americano, CVA; y (ii) el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, CACC. El CEDCA tiene influencia de la Asociación Americana de Arbitraje, AAA; mientras que el CACC, tiene influencia de la Cámara Internacional de Comercio, ICC. El CEDCA y el CACC proponen cláusulas arbitrales estándar, en sus respectivas páginas web. También existen los modelos de acuerdo arbitral de la AAA y la ICC, sugeridos en sus correspondientes portales de internet.

Tanto en el arbitraje independiente, como el arbitraje institucional, uno de los elementos que puede ser definido, en el acuerdo de arbitraje,

es cómo será constituido el tribunal arbitral. Ahora bien, el artículo 12 de la misma ley dispone que, *“En el arbitraje institucional todo lo concerniente a... la constitución del tribunal... se regirá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido.”* Sin embargo, lo dispuesto en el acuerdo de arbitraje, en cuanto a cómo será constituido el tribunal arbitral, prevalece sobre lo establecido en los reglamentos de los centros de arbitraje, por cuanto: (i) el artículo 13.1 del Reglamento del CEDCA¹ establece que *“privará la autonomía de la voluntad de las partes para determinar las normas del procedimiento”*; y (ii) el artículo 6 del Reglamento del CACC² dispone que *“Las reglas aplicables al procedimiento arbitral por ante el CACC son las que establezcan las partes en la cláusula o acuerdo arbitral, las previstas en este Reglamento, y en caso de silencio, aquellas previstas en la Ley”*. De modo que los reglamentos de dichos centros de arbitraje consagran la primacía del acuerdo de arbitraje sobre sus propios artículos, lo cual es muy razonable.

En muchos casos, los acuerdos arbitrales establecen cómo serán elegidos los árbitros. Es prudente, a la hora de pactar un acuerdo de arbitraje, que éste esté bien redactado, pues, si dicho acuerdo es oscuro o ambiguo, puede ser cuestionado. A veces, los acuerdos arbitrales son largos y complejos, en cuyo caso existe el riesgo de que sean cuestionados, aunque sean claros e inequívocos. En consecuencia, es recomendable utilizar textos cortos y sencillos. Nos explicamos:

En caso de que una cláusula arbitral presente alguna oscuridad o ambigüedad, se debe aplicar la regla general según la cual las cláusulas oscuras o ambiguas deben ser interpretadas, para encontrar la claridad y precisión necesarias. Esta interpretación debe hacerse conforme al artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que, *“En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.”* En violación de este artículo, el Tribunal Supremo de Justicia ha emitido muchas sentencias que declaran

¹ <http://www.cedca.org.ve/wp-content/uploads/2017/01/Reglamento-del-CEDCA-2013.pdf>

² <http://arbitrajeccc.org/arbitraje/wp-content/uploads/2014/07/RGCACC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf>

que las cláusulas arbitrales oscuras o ambiguas son nulas o no aplican. Eloy Anzola y Frédéric Zumbieh señalaron, respecto de las dos primeras sentencias en este sentido, que fueron dictadas por la Sala Político Administrativa, que *“La SPA, sin una justificación adecuada, concluye que el arbitraje constituye una excepción a la regla prevista en la Constitución según la cual todo ciudadano venezolano tiene el derecho de acudir a los tribunales de su país en defensa de sus derechos e intereses”*; que *“Ella inaugura en esas dos sentencias, una fórmula que retomará de manera casi ritual en la mayor parte de los casos que ha decidido seguidamente”*; y que *“ninguna disposición de los textos legislativos venezolanos sanciona la ambigüedad de un contrato o de una cláusula contractual con su nulidad. El artículo 12 del CPC define los métodos que deben seguirse para interpretar la oscuridad de una cláusula contractual que no es otro que indagar cual ha sido la intención de las partes. Pero la jurisprudencia de la SPA elimina de cuajo el carácter contractual de la cláusula de arbitraje y la somete a un régimen especialmente desfavorable. La SPA afecta de nulidad las cláusulas que considera oscuras o ambiguas cuando ningún texto legal lo establece y cierra el camino adecuado como es recurrir a la búsqueda de la real voluntad de las partes, que es lo señalado por la disposición rectora del citado artículo del CPC”*.³

Anular o privar de efectos acuerdos de arbitraje, so pretexto de su oscuridad o ambigüedad, también infringe el artículo 1159 del Código Civil, que establece que *“Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley.”* Además, anular o privar de efectos acuerdos de arbitraje, so pretexto de su oscuridad o ambigüedad, es incompatible con el artículo 258 de la Constitución, que expresa que *“La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.”* Para colmo, la oscuridad o ambigüedad de los acuerdos arbitrales es calibrada por los tribunales judiciales, y son bien sabidas las carencias del Poder Judicial venezolano. Por absurdas que parezcan, esas sentencias existen,

³ Anzola, J. Eloy, y Zumbieh, Frédéric: El Tribunal Supremo de Venezuela Riñe con el Arbitraje, pp. 12 y 13, disponible en: http://eanzola.com/images/uploads/44-El_TSJ_ri%C3%B1e_con_el_arbitraje-Final.pdf

y algunas de ellas consideran que cláusulas claras e inequívocas son oscuras y ambiguas, porque los jueces no las entienden o fingen no entenderlas. Por ejemplo, la Sala Político Administrativa, en una sentencia que dictó el 3 de junio de 2009, conoció una cláusula arbitral en la que las partes establecieron, de manera clara e inequívoca, que el arbitraje es el *“medio exclusivo de solución de controversias o reclamos que surjan entre ellas respecto de la interpretación, validez, obligatoriedad, violación, eficacia, cumplimiento, ejecución, así como su terminación o resolución de este contrato”*. La misma sentencia, sin embargo, declara que esta cláusula es oscura o ambigua, porque dice que *“La Parte agraviada podrá recurrir al arbitraje”*. Pero no hay allí ninguna oscuridad ni ambigüedad, puesto que la parte que estime que la otra parte tiene una deuda para con ella no está obligada a demandar en arbitraje, sino que puede hacerlo si quiere, pues una alternativa es tirar esta deuda a pérdidas. No obstante, en dicha sentencia se expresa esto: *“el texto de la cláusula bajo análisis resulta por consiguiente ambiguo, toda vez que no es lo suficientemente claro para establecer con absoluta certeza la indiscutible intención de las contratantes de someter al arbitraje las diferencias que entre ellas pudieran surgir con ocasión de la ejecución del convenio, lo cual da lugar a considerar insatisfecho uno de los requisitos de necesario cumplimiento para declarar la validez del pacto compromisorio, a saber, el relativo a su carácter inequívoco”*.⁴

La jurisprudencia más reciente va en sentido contrario a dichas sentencias, porque ahora tiende a interpretar los acuerdos arbitrales, en vez de anularlos o no aplicarlos, a raíz de la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2010 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Astivenca, que expresa que *“cualquier interpretación y aplicación normativa en la materia, responde al principio según el cual debe preferirse toda interpretación que favorezca el arbitraje y afrontar de manera restrictiva la intervención jurisdiccional ordinaria, conforme al brocardo “exceptio est strictissimae applicationis” ...”*; y

⁴ Sala Político Administrativa, sentencia del 3 de junio de 2009, en el caso de Euro Delicias, C.A. contra Delicocina, C.A., disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/junio/00812-4609-2009-2009-0374.html&palabras=clausula_arbitral%20domicilio_especial

que “los órganos del Poder judicial sólo pueden realizar un examen o verificación “*prima facie*”, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito”.⁵ Sin embargo, la Sala Constitucional, en esta decisión, no precisó que es contrario a derecho declarar que la oscuridad o ambigüedad del acuerdo de arbitraje da lugar a su nulidad o ineffectividad.

Muchas de las sentencias que criticamos fueron emitidas en casos en los cuales un contrato tenía una cláusula arbitral y una cláusula de sometimiento a la jurisdicción de los tribunales de una determinada localidad. Esta contradicción aparente fue utilizada como excusa para anular o privar de efectos la cláusula arbitral. Sin embargo, ambas cláusulas eran relativamente fáciles de conciliar, señalando que, conforme a las mismas, en la eventualidad de que una de las partes considerara que el laudo arbitral es nulo, la acción de nulidad debería intentarse en un juzgado superior de dicha localidad. Actualmente, en los casos en los cuales un contrato tiene una cláusula arbitral y una cláusula de sometimiento a la jurisdicción de los tribunales de una determinada localidad, el Tribunal Supremo de Justicia aplica la cláusula arbitral e indica que la cláusula de domicilio especial simplemente pretende determinar dónde ha de constituirse el tribunal arbitral. Por ejemplo, la Sala Político Administrativa, en una sentencia del 6 de diciembre de 2016, señaló, respecto de una cláusula de sometimiento a la jurisdicción de los tribunales de una determinada localidad, que coexistía una cláusula arbitral, lo siguiente: “*la inclusión de una estipulación como la invocada, contenida en un contrato en el cual las partes hayan acordado acudir al arbitraje y de esta manera excluir del conocimiento del Poder Judicial cualquier controversia, debe entenderse como la elección del domicilio especial para la constitución del tribunal arbitral respectivo*”.⁶

⁵ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.html>

⁶ Sala Político Administrativa, sentencia del 6 de diciembre de 2016, en el caso de Tractocentro, C.A. contra CNH Latin America, LTDA, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/diciembre/193432-01400-71216-2016-2012-0547.html&palabras=clausula_arbitral%20domicilio_especial

Ahora bien, hasta donde tenemos conocimiento, nuestra jurisprudencia no ha afirmado que es contrario a derecho declarar que la oscuridad o ambigüedad del acuerdo de arbitraje da lugar a su nulidad o ineffectividad. Es muy importante que las cláusulas arbitrales, que tratan sobre la constitución del tribunal arbitral y que prevalecen sobre los reglamentos de los centros de arbitraje, sean claras e inequívocas. En consecuencia, es recomendable que las cláusulas arbitrales sean cortas y sencillas. Es más, nos parece que lo más seguro es utilizar una cláusula arbitral estándar, en vez de redactar una cláusula arbitral nueva. En este sentido, una manera de evitar el riesgo de que un acuerdo de arbitraje sea considerado oscuro o ambiguo, y, eventualmente, nulo o ineficaz, es usar la cláusula modelo del CEDCA o la cláusula modelo del CACC. En efecto, estas cláusulas tienen la ventaja de que son muy escuetas, pues remiten al reglamento del CEDCA o del CACC, por lo que los tribunales judiciales tienen poco campo para objetarlas. Otra ventaja es que estas cláusulas han sido sometidas muchas veces al escrutinio de los tribunales judiciales, sin que hayan sido anuladas ni privadas de efectos. Las cláusulas estándar de la AAA y de la ICC también son escuetas, pues remiten a los reglamentos de la AAA o la ICC, pero son menos recomendables, ya que no han pasado por el escrutinio reiterado de nuestros tribunales judiciales.

2) NÚMERO DE ÁRBITROS:

La Ley de Arbitraje Comercial, en su artículo 16, establece, en relación con el arbitraje independiente, que *“Las partes determinarán el número de árbitros, el cual será siempre impar. A falta de acuerdo los árbitros serán tres.”* Dado que la norma anterior está en el capítulo III, *“Del Arbitraje Independiente”*, la misma no se aplica si se trata de un arbitraje institucional. Respecto del arbitraje institucional, se aplicará, en cuanto al número de árbitros, lo que determine el reglamento del centro de arbitraje de que se trate (artículo 12 de la misma ley, antes citado). El número de árbitros recibe un tratamiento distinto en el Reglamento del CEDCA y en el del CACC:

En los arbitrajes ante el CEDCA, corresponde a las partes determinar, en el acuerdo de arbitraje, el número de árbitros; pero, si las partes

guardaron silencio, el tribunal arbitral tendrá tres árbitros.⁷ Se trata de la misma solución prevista en la ley para los arbitrajes independientes.

En cambio, en los arbitrajes en el CACC, si las partes guardaron silencio, en el acuerdo de arbitraje, sobre el número de árbitros, el CACC les dará un plazo para decidir si será uno o más árbitros; pero, a falta de decisión de las partes dentro de dicho plazo, el CACC será quien determinará el número de árbitros.⁸ Es curioso que el CACC se haya apartado de la solución prevista en la ley para los arbitrajes independientes. El CACC también se apartó del Reglamento de la ICC,⁹ el cual prevé que, si las partes nada determinaron en el acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral será constituido con un árbitro único, a menos que el ICC considere que se justifica que sea un arbitraje con tres árbitros.¹⁰

3) ÁRBITRO ÚNICO:

El árbitro único, si fuere el caso, será nombrado conforme a lo que establezcan las partes en su acuerdo arbitral. Las partes pueden convenir, en su acuerdo de arbitraje, un mecanismo para nombrar al árbitro; por ejemplo, pueden pactar que un tercero, tal como el organismo gremial del gremio al que pertenecen ambas, si fuere el caso, seleccione al árbitro. Si las partes no previeron nada con respecto a tal nombramiento, sucederá lo siguiente:

La Ley de Arbitraje Comercial, en su artículo 17, dispone lo que sigue, en relación con el arbitraje independiente: “*A falta de acuerdo*

⁷ Artículo 23.1 del Reglamento del CEDCA

⁸ Artículo 51 del Reglamento del CACC

⁹ <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>

¹⁰ “*Article 11: General Provisions...*

6) Insofar as the parties have not provided otherwise, the arbitral tribunal shall be constituted in accordance with the provisions of Articles 12 and 13.

“Article 12: Constitution of the Arbitral Tribunal...

Number of Arbitrators

2) Where the parties have not agreed upon the number of arbitrators, the Court shall appoint a sole arbitrator, save where it appears to the Court that the dispute is such as to warrant the appointment of three arbitrators. In such case, the claimant shall nominate an arbitrator within a period of 15 days from the receipt of the notification of the decision of the Court, and the respondent shall nominate an arbitrator within a period of 15 days from the receipt of the notification of the nomination made by the claimant. If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court...”

entre las partes, en el arbitraje con árbitro único, la designación será hecha a petición de una de las partes, por el Juez competente de Primera Instancia.” Esto no tiene mayor sentido, porque, si las partes van a sustraer un caso al Poder Judicial, que tiene muchos problemas, ¿por qué habrían de someterse a un arbitraje con un árbitro único, que sea nombrado por un tribunal ordinario?

En cuanto al arbitraje institucional, los reglamentos del CEDCA y del CACC prevén que el centro de arbitraje elija al árbitro único, si las partes no se pusieron de acuerdo para nombrarlo.¹¹

4) TRES ÁRBITROS:

Tanto en los arbitrajes independientes, como en los arbitrajes institucionales, es frecuente que el acuerdo de arbitraje prevea que el tribunal arbitral esté compuesto por tres árbitros. Tal como señalamos antes, el artículo 16 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que, en los arbitrajes independientes, a falta de acuerdo entre las partes, habrá tres árbitros. El Reglamento del CEDCA contempla lo mismo.¹²

Tanto en los arbitrajes independientes, como en los arbitrajes institucionales, es frecuente que el acuerdo de arbitraje prevea que cada parte elija a un árbitro y que el tercer árbitro sea seleccionado por los dos primeros. Los dos primeros árbitros son lo que comúnmente se llama árbitros de parte; y, al haber sido nombrado cada uno de ellos por una sola de las partes, ninguno de ellos debe ser el presidente del tribunal arbitral. En efecto, la presidencia debe recaer sobre el tercer árbitro, quien no debe su designación a ninguno de los litigantes en particular.

En este sentido, la Ley de Arbitraje Comercial, en su artículo 17, dispone lo que sigue, en relación con el arbitraje independiente: *“Si no hubiere acuerdo entre las partes en la elección de los árbitros, cada parte elegirá uno y los dos árbitros designados” –los árbitros de parte– “elegirán un tercero, quien será el Presidente del tribunal arbitral.”* En los arbitrajes institucionales, se puede acudir al mismo mecanismo.

Tanto en el CEDCA, como en el CACC, si hay dos o más demandantes, éstos deben ponerse de acuerdo para nombrar en conjunto al

¹¹ Artículos 23.7 del Reglamento del CEDCA y 52.1 del Reglamento del CACC.

¹² Artículo 23.1 del Reglamento del CEDCA.

árbitro cuyo nombramiento corresponde a la parte demandante, en cuyo defecto la designación la hace el centro de arbitraje; lo mismo sucede si hay dos o más demandados que no se ponen de acuerdo para nombrar en conjunto al árbitro cuyo nombramiento corresponde a la parte demandada.¹³

El que los dos primeros árbitros nombren al tercer árbitro, que también será el presidente del tribunal arbitral, tiene la ventaja de que el tercer árbitro será alguien con el que los dos primeros árbitros se sienten cómodos y pueden trabajar bien.

Respecto de los árbitros de parte, pueden presentarse dos problemas, a saber: (i) una de las partes o ambas partes pueden incurrir en la tentación de designar a un árbitro de escasa preparación o poca moralidad, con la esperanza de que impulse una decisión a su favor; y (ii) el árbitro escogido por cada una de las partes puede sentir un deber de agradecimiento, cierto grado de compromiso, con la parte que lo nombró, lo cual puede resultar en una pérdida de imparcialidad.

El riesgo de que una cualquiera de las partes elija a un árbitro de escasa preparación o poca moralidad se puede eliminar o reducir estableciendo que la elección debe recaer sobre un miembro de una lista, por ejemplo, los listados de árbitros del CEDCA y el CACC. Ambos centros tienen listas de árbitros preparadas cuidadosamente y revisadas a través de los años, de conformidad con los artículos 12 y 13 de la Ley de Arbitraje Comercial, que disponen que “*Todo centro de arbitraje ubicado en Venezuela tendrá su propio reglamento, el cual deberá contener*”, entre otras cosas, el “*Procedimiento de elaboración de la lista de árbitros, la cual será revisada y renovada, por lo menos cada año; los requisitos que deben reunir los árbitros*”, y “*las causas de exclusión de la lista*”; y que “*Todo centro de arbitraje... deberá disponer de una lista de árbitros, cuyo número no podrá ser inferior a veinte (20)*”. Tanto en el CEDCA, como el CACC, existe la posibilidad de que las partes nombren a un árbitro que no esté en la lista, pero esto requiere una aprobación de la autoridad del centro de arbitraje.¹⁴

¹³ Artículos 24 del Reglamento del CEDCA y 52.4 del Reglamento del CACC.

¹⁴ Artículos 23.2 y 23.3 del Reglamento del CEDCA y 52.5 del Reglamento del CACC.

El riesgo de que el árbitro nombrado por una de las partes sienta un deber de agradecimiento o cierto grado de compromiso con esa parte, con la resultante pérdida de imparcialidad, es un riesgo imposible de eliminar. Esto ha ocasionado que el sistema de árbitros de parte haya sido objeto de muchas críticas. Para eliminar este riesgo, hay que establecer un mecanismo distinto para elegir a los árbitros, por ejemplo, que los árbitros sean designados por un tercero. Este tercero puede ser un organismo gremial, si se trata de una disputa entre miembros de un gremio; o el CEDCA o el CACC. Una alternativa a los árbitros de partes, es lo que se denomina el sistema de listas.

5) ÁRBITROS DE PARTE EN EL CACC

Vamos a referirnos al caso de que el arbitraje sea de derecho, con tres árbitros. Respecto de este caso, la cláusula arbitral modelo del CACC establece lo siguiente:

“Toda controversia o diferencia que verse sobre la existencia, extensión, interpretación y cumplimiento de este contrato, será resuelta definitivamente mediante arbitraje en la Ciudad de Caracas, Venezuela, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. El Tribunal Arbitral estará compuesto por 3 árbitros los cuales decidirán conforme a derecho”.¹⁵

Y el artículo 52 del Reglamento del CACC dispone:

“Los árbitros se designarán de acuerdo con las disposiciones siguientes:...

2. Cuando se han previsto tres (3) o más árbitros, cada una de las partes propondrá un (1) árbitro por separado dentro del lapso de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de consignación de la Tarifa Administrativa y los Honorarios de los Árbitros de la demanda original y de la reconvencción, si la hubiere. Si una de las partes se abstiene, la designación del árbitro que le corresponde proponer lo hará el Comité Ejecutivo.

¹⁵ <http://arbitrajeccc.org/clausula-modelo/>

3. El tercer árbitro, quien asumirá la presidencia del Tribunal Arbitral, será designado de mutuo acuerdo por los árbitros nombrados previamente por las partes, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha de aceptación del último de los árbitros postulado por las partes y, en su defecto, será designado por el Comité Ejecutivo.”

De manera similar, la cláusula estándar de la ICC¹⁶ es un texto corto,¹⁷ que remite al Reglamento de la ICC, el cual prevé, respecto de los arbitrajes con tres árbitros, que cada parte nombre un árbitro y que el tercer árbitro sea nombrado por los dos primeros.¹⁸

Bajo las normas del CACC, el riesgo de que una cualquiera de las partes elija a un árbitro de escasa preparación o poca moralidad se reduce considerablemente, pues la elección debe recaer sobre un miembro de la lista de árbitros del CACC.

Persiste, sin embargo, el riesgo de que el árbitro nombrado por una de las partes sienta un deber de agradecimiento o cierto grado de compromiso con esa parte, con la resultante pérdida de imparcialidad. Para eliminar este riesgo, se necesita que se establezca un mecanismo distinto para elegir a los árbitros, como el del CEDCA.

¹⁶ <https://iccwbo.org/publication/standard-icc-arbitration-clauses-spanish-version/>

¹⁷ *“Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.”*

¹⁸ *“Article 11: General Provisions...*

6) Insofar as the parties have not provided otherwise, the arbitral tribunal shall be constituted in accordance with the provisions of Articles 12 and 13.

“Article 12: Constitution of the Arbitral Tribunal...

Three Arbitrators

4) Where the parties have agreed that the dispute shall be resolved by three arbitrators, each party shall nominate in the Request and the Answer, respectively, one arbitrator for confirmation. If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court.

5) Where the dispute is to be referred to three arbitrators, the third arbitrator, who will act as president of the arbitral tribunal, shall be appointed by the Court, unless the parties have agreed upon another procedure for such appointment, in which case the nomination will be subject to confirmation pursuant to Article 13. Should such procedure not result in a nomination within 30 days from the confirmation or appointment of the co-arbitrators or any other time limit agreed by the parties or fixed by the Court, the third arbitrator shall be appointed by the Court.”

6) SISTEMA DE LISTAS DEL CEDCA

La página web del CEDCA señala que uno de los “*Rasgos distintivos*” de este centro de arbitraje es el siguiente:

“Empleamos el sistema de listas para la designación del tribunal arbitral, apartándonos de la figura del árbitro de parte”.¹⁹

La cláusula arbitral modelo del CEDCA establece lo siguiente:

“Cualquier controversia que se suscite en relación con el presente contrato o que guarde relación directa o indirecta con éste, será resuelta definitivamente mediante Arbitraje, por uno o más Árbitros, de conformidad con el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y de Arbitraje (CEDCA)”.²⁰

Tal como señalamos antes, como esta cláusula estándar no señala el número de árbitros, serán tres.²¹ El artículo 23 del Reglamento del CEDCA dispone lo siguiente, para los casos en los que el tribunal arbitral ha de estar conformado por tres árbitros:

“...el Director Ejecutivo notificará a las partes la oportunidad en que se realizará el nombramiento de los árbitros. En la misma comunicación el Director Ejecutivo enviará la lista de los árbitros elegibles, de la Lista oficial del CEDCA vigente para ese momento...

23.4. En la selección de los árbitros, cada una de las partes tendrá derecho a reducir discrecionalmente cuarenta por ciento (40%) de los nombres de la Lista oficial del CEDCA, a cuyos efectos el Director Ejecutivo comunicará a las partes el número exacto de candidatos que pueden ser excluidos por cada parte.

23.5. La parte que desee hacer uso de este derecho, debe participar al Director Ejecutivo dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la Lista oficial del CEDCA, los nombres de los árbitros objeto de dicha reducción y al no hacerlo en este lapso perderá este derecho. El Director Ejecutivo deberá mantener en forma confidencial las exclusiones de la Lista oficial hasta que todas las partes hayan participado al Director Ejecutivo sus respectivas exclusiones.

¹⁹ <https://www.cedca.org.ve/nosotros/>

²⁰ <http://www.cedca.org.ve/clausula-arbitral-modelo/>

²¹ Artículo 23.1 del Reglamento del CEDCA.

23.6. Los candidatos que permanezcan sin tachar después de las exclusiones notificadas, o al finalizar el lapso de tres (3) días, constituirán la Lista reducida. El Director Ejecutivo notificará a las partes por lo menos con tres (3) días hábiles de anticipación a la fecha fijada para el acto de nombramiento de los árbitros, la conformación de la Lista reducida...

23.8. ...tanto la parte demandante como la parte demandada, en el acto de nombramiento de los árbitros fijado por el Director Ejecutivo, deberán postular diez (10) posibles árbitros de la lista reducida. Los candidatos así postulados por las partes constituirán la Lista final."

De manera que hay tres listas sucesivas, que son (i) “*la Lista oficial*”, la cual está disponible en la página web del CEDCA y tiene más de cien personas;²² (ii) “*la Lista reducida*”, que resulta de que cada parte elimine hasta el 40% de las personas de la lista oficial; y (iii) “*la Lista final*”, que resulta de que cada parte postule diez posibles árbitros de la lista reducida, por lo cual la lista final tendrá un máximo de veinte candidatos.

Cada parte debe hacer su listado de diez candidatos para la lista final colocando en primer lugar su primera opción, en segundo lugar a su segunda opción, y así sucesivamente. Esto está establecido en el Reglamento del CEDCA, cuyo artículo 1.7 contiene una definición de “*Lista final enumerada*”, definida como la “*lista final que indica el orden de preferencia de las partes respecto a cada árbitro postulado*”; y cuyo artículo 23.11 hace referencia, respecto “*de la Lista final*”, al “*orden de preferencia enumerado por las partes*”. Este último artículo trata un caso particular,²³ pero deja claro que las postulaciones de las partes para la lista final deben ser hechas estableciendo una prelación.

En la medida de lo posible, el tribunal arbitral estará conformado por los árbitros que hayan sido postulados por las dos partes para la lista final.

²² http://www.cedca.org.ve/member_cat/todos-orden-alfabetico/

²³ El artículo 23.11 del Reglamento del CEDCA no es la norma que establece cómo se prepara la lista final, sino que es la norma que establece qué hacer para nombrar el tribunal arbitral cuando hay dos coincidencias entre los diez candidatos de la lista final postulados por una parte y los diez candidatos de la lista final postulados por la otra parte.

De manera similar, la cláusula estándar de la AAA²⁴ es un texto corto,²⁵ que remite al Reglamento de la AAA,²⁶ el cual prevé un sistema de designación mediante cruce de listas depuradas.²⁷

Desde nuestro punto de vista, es preferible un sistema de designación mediante cruce de listas depuradas, como el del CEDCA el de la AAA, que un sistema de árbitros de parte, ante el riesgo de que la imparcialidad de éstos se vea comprometida.

Respecto del sistema de listas en el CEDCA, Pedro Saghy escribió que *“este método... en la práctica resulta dinámico y hasta divertido. Con la ayuda del personal del CEDCA las partes se involucran rápidamente en la tarea de preparar listas de nombres y revisar la lista de la otra parte, buscando la feliz coincidencia”*.²⁸ Esto es correcto.

Puede haber una coincidencia, dos coincidencias, tres coincidencias o más, o ninguna coincidencia, entre los diez candidatos de la

²⁴ <https://www.adr.org/Clauses>

²⁵ **“Commercial (U.S. domestic)** - Any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration administered by the American Arbitration Association in accordance with its Commercial [or other] Arbitration Rules, and judgment on the award rendered by the arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof.”

“International - Any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be determined by arbitration administered by the International Centre for Dispute Resolution in accordance with its International Arbitration Rules.”

²⁶ https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web.pdf

²⁷ **“R-12. Appointment from National Roster**

If the parties have not appointed an arbitrator and have not provided any other method of appointment, the arbitrator shall be appointed in the following manner:

(a) The AAA shall send simultaneously to each party to the dispute an identical list of 10 (unless the AAA decides that a different number is appropriate) names of persons chosen from the National Roster. The parties are encouraged to agree to an arbitrator from the submitted list and to advise the AAA of their agreement.

(b) If the parties are unable to agree upon an arbitrator, each party to the dispute shall have 14 calendar days from the transmittal date in which to strike names objected to, number the remaining names in order of preference, and return the list to the AAA. The parties are not required to exchange selection lists. If a party does not return the list within the time specified, all persons named therein shall be deemed acceptable to that party. From among the persons who have been approved on both lists, and in accordance with the designated order of mutual preference, the AAA shall invite the acceptance of an arbitrator to serve. If the parties fail to agree on any of the persons named, or if acceptable arbitrators are unable to act, or if for any other reason the appointment cannot be made from the submitted lists, the AAA shall have the power to make the appointment from among other members of the National Roster without the submission of additional lists.”

²⁸ Saghy Cadenas, Pedro J.: *El Arbitraje Institucional en Venezuela*, Caracas 2017, pp. 90 y 91.

lista final postulados por la parte demandante y los diez candidatos de la lista final postulados por la parte demandada. Veamos primero el caso ideal:

A) TRES COINCIDENCIAS O MÁS:

a) Nombramiento de los árbitros:

Si hay exactamente tres coincidencias entre los diez candidatos de la lista final postulados por la parte demandante y los diez candidatos de la lista final postulados por la parte demandada, entonces el tribunal arbitral quedará constituido con los tres candidatos coincidentes. En efecto, el artículo 23.9 del Reglamento del CEDCA establece lo que sigue:

“El Tribunal Arbitral en principio quedará integrado por los candidatos que coincidan en ambas postulaciones.”

Pero es posible que haya más de tres coincidencias entre los diez candidatos de una parte y los diez candidatos de la otra. Y, tal como señalamos antes, cada una de las partes, en la Lista final, debe indicar, respecto de los candidatos postulados por ella, una prelación, a los efectos del nombramiento de los árbitros, ya que los artículos 1.7 y 23.11 del Reglamento del CEDCA hacen referencia a la *“Lista final enumerada”*, que es la *“lista final que indica el orden de preferencia de las partes respecto a cada árbitro postulado”*, y a la necesidad de que *“la Lista final”* indique el *“orden de preferencia enumerado por las partes”*. En consecuencia, cuando hay más de tres coincidencias, la práctica corriente es que se privilegia a las personas que estén más arriba en la lista de postulados de cada parte. Esto se lleva a la práctica señalando, en un acta suscrita por el CEDCA y las partes, que éstas escogieron de mutuo acuerdo a tres árbitros, sin especificar que son los tres candidatos coincidentes más favorecidos en el orden de preferencia expresado por ellas al hacer sus postulaciones para la lista final. En defecto de tal acuerdo, se aplica el artículo 23.10 del Reglamento del CEDCA, que dispone lo que sigue:

“En caso de que hubiere tres (3) o más árbitros coincidentes en ambas listas, y no pudieren acordar las partes la designación del

Tribunal Arbitral..., el Directorio del CEDCA hará la correspondiente designación, de los árbitros coincidentes.”

El texto anterior sería más claro si dijera “*más de tres (3)*”, en lugar de “*tres (3) o más*”. En efecto, no se requiere ningún acuerdo de las partes para designar el tribunal arbitral, al ser tres árbitros y haber tres coincidencias. En este caso, el CEDCA no tiene nada que decidir, salvo la designación del presidente del tribunal arbitral, si las partes no se ponen de acuerdo.

b) Nombramiento del presidente del tribunal arbitral:

Si hay tres o más coincidencias entre los diez candidatos de la lista final postulados por una parte y los diez candidatos de la lista final postulados por la otra parte, se suele nombrar presidente del tribunal arbitral al árbitro que esté más arriba en el orden de preferencia expresado por las partes al postular sus candidatos a la lista final. Esto se lleva a la práctica señalando, en un acta suscrita por el CEDCA y las partes, que éstas escogieron de mutuo acuerdo al presidente, sin especificar que es el candidato coincidente privilegiado en el orden de prelación. En defecto de tal acuerdo, se aplica el artículo 23.10 del Reglamento del CEDCA, que dispone:

“En caso de que hubiere tres (3) o más árbitros coincidentes en ambas listas, y no pudieren acordar las partes la designación del... del Presidente..., el Directorio del CEDCA hará la correspondiente designación, de los árbitros coincidentes.”

Hubiera sido preferible que este artículo estableciera que, salvo que las partes acuerden otra cosa, el presidente del tribunal arbitral será el árbitro que esté más arriba en el orden de preferencia expresado por las partes al postular sus candidatos a la lista final.

c) Suplentes:

Si hay más de tres coincidencias entre los diez candidatos de la lista final postulados por una parte y los diez candidatos de la lista final postulados por la otra parte, los candidatos excedentarios normalmente son designados suplentes de los tres árbitros designados. Sin embargo, esto no está previsto en el Reglamento del CEDCA.

B) DOS COINCIDENCIAS:

a) Nombramiento de los árbitros:

Si hay sólo dos coincidencias entre los diez candidatos de la lista final postulados por una parte y los diez candidatos de la lista final postulados por la otra parte, los dos candidatos coincidentes son nombrados árbitros. En este caso, el tercer árbitro puede ser nombrado así: (i) los dos primeros árbitros nombran al tercer árbitro, o (ii) el CEDCA nombra al tercer árbitro. Sin embargo, el Reglamento del CEDCA, en su artículo 23.11 establece lo siguiente:

“Cuando hubieren dos (2) coincidencias entre los árbitros postulados por las partes, los dos (2) árbitros coincidentes quedarán designados y el tercero será escogido de la Lista final, según el orden de preferencia enumerado por las partes. A tales fines cada una de las partes entregará al Director Ejecutivo en el mismo acto de nombramiento de los árbitros, la Lista final enumerada según el orden de su preferencia...” (resaltado nuestro).

No se entiende cómo es esto de que, en este caso, el tercer árbitro ha de ser *“escogido de la Lista final, según el orden de preferencia enumerado por las partes”*. En efecto, sólo existen dos candidatos coincidentes entre los postulados por las partes para la lista final, los cuales son el primer árbitro y el segundo árbitro. Por tanto, el tercer árbitro no puede responder a una propuesta común para la lista final, sino que estaría en el grupo de postulados de una sola de las partes. Entonces, siendo el tercer árbitro el candidato de una sola parte (singular), resulta imposible, que sea designado por el CEDCA en razón del *“orden de preferencia enumerado por las partes”* (plural). Hubiera sido mejor que este artículo dijera que el tercer árbitro será nombrado por los dos primeros árbitros o por el CEDCA, salvo que las partes acuerden otra cosa.

b) Nombramiento del presidente del tribunal arbitral:

Si hay dos coincidencias entre los diez candidatos de la lista final postulados por una parte y los postulados por la otra, el presidente del tribunal arbitral podría ser nombrado de cualquiera de las tres maneras siguientes: (i) se puede atender el orden de prelación común a las partes,

en cuyo caso el presidente ha de ser, de los dos árbitros en los que hubo coincidencia, aquel que esté más arriba en la lista de postulaciones de las dos partes para la lista final; (ii) otra posibilidad es que el presidente sea nombrado por los dos primeros árbitros; (iii) también tendría sentido que el CEDCA nombrara al presidente; y (iv) el presidente puede ser el tercer árbitro. Esto último es lo previsto en el Reglamento del CEDCA, que, en su artículo 23.11, antes citado, agrega lo que sigue:

“...El tercer árbitro así designado, será el Presidente del Tribunal Arbitral.”

Al establecerse que el presidente del tribunal arbitral será, en principio, el tercer árbitro, se descarta, en principio, que el presidente sea, de los dos primeros árbitros, el que ellos dos o el CEDCA escojan. También se descarta, en principio, que presidente sea, de los dos primeros árbitros, el más favorecido en el orden de prelación de las partes. Sin embargo, las partes pueden acordar que el presidente sea escogido por los dos primeros árbitros o por el CEDCA, o que sea el candidato común que fue preferido por ambas partes al establecer el orden de prelación para la lista final. Esto es porque el citado artículo 23.11 es una norma supletoria de la voluntad de las partes.

C) UNA COINCIDENCIA:

a) Nombramiento de los árbitros:

Si hay sólo una coincidencia entre los diez candidatos de la lista final postulados por una parte y los diez candidatos de la lista final postulados por la otra parte, tenemos un árbitro y hace falta designar a los otros dos. Estos dos árbitros son nombrados así: cada parte nombra un árbitro entre los diez candidatos de la lista final postulados por la otra parte. En efecto, el Reglamento del CEDCA, en su artículo 23.12, establece lo siguiente:

“Cuando sólo exista una coincidencia entre los árbitros postulados,... los dos árbitros restantes serán elegidos por las partes escogiendo cada una de ellas un (1) árbitro de los postulados por la parte contraria...”

La solución anterior nos parece óptima. Sin embargo, no creemos que haya impedimento para que las partes acuerden que los dos árbitros restantes sean nombrados por el CEDCA.

b) Nombramiento del presidente del tribunal arbitral:

En estos casos en que sólo hay una coincidencia, tiene lógica que el presidente del tribunal arbitral sea el árbitro coincidente. En tal sentido, el citado artículo 23.12 Reglamento del CEDCA agrega lo copiado a continuación:

“...El candidato coincidente postulado por ambas partes será el Presidente del Tribunal Arbitral.

Si bien la solución anterior nos parece óptima, no creemos que haya impedimento para que las partes acuerden que el presidente del tribunal arbitral sea nombrado por el CEDCA.

D) NINGUNA COINCIDENCIA:

a) Nombramiento de los árbitros:

Si no hay ni una coincidencia entre los diez candidatos de la lista final postulados por una parte y los diez candidatos de la lista final postulados por la otra parte, se aplica el artículo 23.13 del Reglamento del CEDCA, que establece lo siguiente:

“Si no hubiere coincidencia entre los árbitros postulados, cada una de las partes escogerá uno (1) de los postulados por la parte contraria, y el tercero será escogido de la Lista final, según el orden de preferencia que enumeren las partes...”

No nos queda claro cómo es esto de que el tercer árbitro es “*escogido de la Lista final, según el orden de preferencia que enumeren las partes*”, puesto no existen coincidencias entre los candidatos postulados por las partes para la lista final, así que sería, en todo caso, el orden de preferencia que enumere una sola de las partes; entonces, ¿cuál de ellas?

Lo lógico sería que el tercer árbitro fuese designado (i) por los dos primeros árbitros o (ii) por el CEDCA. Esto no está previsto en el artículo precedente, pero puede ser acordado por las partes.

b) Nombramiento del presidente del tribunal arbitral:

Respecto de estos casos en los que no hay coincidencia entre los diez candidatos de la lista final postulados por una parte y los diez de la otra, el citado artículo 23.13 del Reglamento del CEDCA agrega lo siguiente:

“...El tercer árbitro así designado será el Presidente del Tribunal Arbitral.”

Sin embargo, ya mencionamos que dicho artículo no es claro en cuanto a cómo elegir el tercer árbitro. En cualquier caso, las partes pueden acordar que el presidente sea designado (i) por los dos primeros árbitros o (ii) por el CEDCA.

E) TODO LO ANTERIOR SE PUEDE RESUMIR EN EL SIGUIENTE CUADRO:

	Solución del Reglamento del CEDCA	Otras soluciones que se pueden pactar
Ninguna coincidencia	<ul style="list-style-type: none"> • Cada parte nombra un árbitro entre los diez candidatos de la lista final postulados por la otra parte; • el tercer árbitro <i>“será escogido de la Lista final, según el orden de preferencia que enumeren las partes”</i> (esta norma puede ser mejorada), y • El tercer árbitro es el presidente del tribunal arbitral 	El tercer árbitro y presidente del tribunal arbitral es nombrado por (i) los dos primeros árbitros o (ii) el CEDCA
Una coincidencia	<ul style="list-style-type: none"> • El candidato coincidente es el presidente del tribunal arbitral, y • los dos árbitros restantes son nombrados así: cada parte nombra un árbitro entre los diez candidatos de la lista final postulados por la otra parte 	

Continuación cuadro...

Dos coincidencias	<ul style="list-style-type: none"> • Los dos candidatos coincidentes son los dos co-árbitros; • el tercer árbitro y presidente <i>“será escogido de la Lista final, según el orden de preferencia enumerado por las partes”</i> (esta norma puede ser mejorada) 	<ul style="list-style-type: none"> • El tercer árbitro es nombrado por (i) los dos primeros árbitros, o (ii) el CEDCA; y • el presidente del tribunal arbitral (i) es el candidato coincidente que esté más arriba en el orden de preferencia expresado por las partes al hacer sus postulaciones para la lista final, o (ii) es nombrado por el CEDCA
Tres coincidencias	<ul style="list-style-type: none"> • Los tres candidatos coincidentes son los tres árbitros, y, • <i>“En caso de que... no pudieren acordar las partes la designación del... del Presidente..., el... CEDCA hará la... designación”</i> (esta norma puede ser mejorada) 	El presidente será el candidato coincidente que esté más arriba en el orden de preferencia expresado por las partes al hacer sus postulaciones para la lista final
Más de tres coincidencias	<i>“En caso de que hubiere tres (3) o más árbitros coincidentes en ambas listas, y no pudieren acordar las partes la designación del Tribunal Arbitral o del Presidente de éste, el... CEDCA hará la correspondiente designación, de los árbitros coincidentes”</i> (esta norma puede ser mejorada)	<ul style="list-style-type: none"> • Los tres árbitros son los tres candidatos coincidentes que estén más arriba en el orden de preferencia expresado por las partes al hacer sus postulaciones para la lista final, y • el presidente es el que esté más arriba de los tres

F) IMPEDIMENTO PARA DESIGNAR A UNO O MÁS ÁRBITROS:

Si una parte no hace las excusaciones a que tiene derecho, respecto de la lista oficial, para la elaboración de la lista reducida, ésta sólo tendrá las exclusiones que realice la otra parte. En efecto, los artículos 23.4 y 23.5 del Reglamento del CEDCA dicen que excluir nombres de la lista oficial es un derecho, y su artículo 23.6 dice que la lista reducida estará conformada por los candidatos que queden sin tachar. De manera que siempre va a haber una lista reducida, a menos que ninguna de las dos partes ejerza su derecho a suprimir candidatos.

Si una de las partes no asiste al acto de nombramiento de los árbitros, o se niega a presentar postulaciones para la lista final, se puede argumentar que la otra parte puede, de todas maneras, hacer sus postulaciones, en cuyo caso la lista final tendrá solamente los diez candidatos

de ésta. Sin embargo, si una de las partes no asiste al acto de nombramiento de los árbitros, o se niega a presentar postulaciones para la lista final, no habrá coincidencias, por lo que no se podrá nombrar a los árbitros conforme al procedimiento descrito. En este caso, el CEDCA designará a los árbitros. Ello se desprende de los dos siguientes artículos del Reglamento del CEDCA:

a) Artículo 23.15:

“Si transcurrido un plazo de tres (3) días hábiles contados a partir del acto de nombramiento de los árbitros, por cualquier razón no se ha podido designar cualesquiera de los árbitros del caso, o el Presidente del Tribunal Arbitral, ésta designación la hará el Directorio del CEDCA de la Lista final.”

b) Artículo 23.14 (este artículo está referido al caso de que no haya ninguna coincidencia):

“Si alguna de las partes no compareciere o no postulare árbitros en dicho acto, la designación del árbitro restante, así como la designación del Presidente del Tribunal Arbitral, las hará el Directorio del CEDCA de la Lista oficial o de la Lista reducida cuando haya sido ejercido el derecho de reducción.”

7) CASO DE ÁRBITROS NOMBRADOS EN UN ARBITRAJE INDEPENDIENTE QUE PASA A SER UN ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Los arbitrajes independientes no cuentan con la infraestructura de los centros de arbitraje; es decir, las partes y los árbitros, en estos arbitrajes, no pueden disponer del personal e instalaciones del CEDCA o CACC, ni pueden aplicar el reglamento del CEDCA o CACC, en la tramitación del procedimiento arbitral. Ahora bien, las partes se pueden poner de acuerdo para llevar un arbitraje independiente a un centro de arbitraje, a fin de que ellas mismas y los árbitros se beneficien del personal, instalaciones y reglamento correspondientes. Este acuerdo puede ser posterior a la constitución del tribunal arbitral. En este caso, si las partes no han dispuesto otra cosa, no hay que volver a elegir árbitros. En efecto, los árbitros independientes ya nombrados permanecen como

tales, a los efectos del arbitraje institucional por iniciarse, pues el tribunal arbitral ya está constituido, conforme a la Ley de Arbitraje Comercial. Se trata, simplemente, de proseguir con el arbitraje, aprovechando la infraestructura del centro de arbitraje de que se trate.

Sin embargo, hubo un caso de un arbitraje independiente, en el que las partes, con el beneplácito de los tres árbitros, decidieron llevar su controversia al CACC, para poder utilizar su infraestructura. En este caso, las partes, al acordar que el arbitraje independiente pasara a ser un arbitraje institucional, especificaron que este arbitraje sería con los mismos árbitros ya nombrados por ellas. De hecho, antes de remitir los autos al CACC, las partes y los árbitros suscribieron el acta de instalación del tribunal arbitral. Sin embargo, el CACC, cuando recibió el expediente, consideró que los árbitros dejaron de estar en funciones. En consecuencia, el CACC no le copió al tribunal arbitral las comunicaciones de las partes, ni las actuaciones del CACC. El CACC tampoco remitió el formato de declaración de independencia, que los árbitros debían suscribir. Es más, el CACC ignoró las instrucciones escritas emitidas por el tribunal arbitral, relativas a (i) ordenar el procedimiento, (ii) notificar al tribunal arbitral las comunicaciones de las partes y las actuaciones del CACC; y (iii) hacerle llegar al tribunal arbitral el formato de declaración de independencia utilizado por el CACC, para los árbitros suscribirlo. El CACC era del criterio, expresado verbalmente, de que hacía falta que el nombramiento de los árbitros fuera validado dentro del contexto del procedimiento arbitral del CACC, para que el tribunal arbitral retomara sus funciones. Los árbitros, por el contrario, opinaron, por escrito, que permanecían en funciones, pues el tribunal arbitral ya estaba constituido, sin perjuicio de que sus miembros cumplieran los trámites del CACC, especialmente el relativo a la suscripción de la declaración de independencia.²⁹

²⁹ Más concretamente, las dos partes, después de haber nombrado a los tres árbitros, acordaron, mediante acta suscrita el 17 de julio de 2017, tomar medidas para modificar la naturaleza independiente del arbitraje, a fin de que fuese un arbitraje institucional tramitado en el CACC. Antes de la remisión del caso al CACC, los tres árbitros y las dos partes suscribieron el acta de instalación del tribunal arbitral, fechada 14 de agosto de 2017. Mediante el acta de audiencia del 20 de octubre de 2017, suscrita por las partes y los árbitros, se decidió remitir los autos al CACC, para que procediera a abrir el expediente correspondiente. Después de la entrega de la documentación, el tribunal arbitral, por auto fechado 29 de noviembre de 2017,

Cuando se presentó esa diferencia de opinión, el CACC debió ceder ante el tribunal arbitral, que es un ente colegiado, que fue nombrado por las partes, que está facultado para decidir sobre sus propias atribuciones y competencia, y que se pronunció sobre la materia. Sin embargo, el CACC no tuvo receptividad ante los planteamientos de los tres árbitros.³⁰

Este conflicto entre el CACC y el tribunal arbitral concluyó porque cesó el arbitraje, ya que las partes no pagaron los honorarios de los árbitros y el CACC, fijados por éste, que eran muy elevados.³¹

instó al CACC para que, entre otras cosas, procediera a tramitar el procedimiento tomando en consideración que el Tribunal Arbitral ya estaba constituido, por lo que no habría lugar a la audiencia de constitución del Tribunal Arbitral prevista en el artículo 61 del Reglamento del CACC, y a dar cumplimiento a los requisitos y pasos procedimentales indicados en dicho auto. El tribunal arbitral, el 13 de marzo de 2018, solicitó al CACC, entre otras cosas, que procediera a remitir a los árbitros copia de todas las actuaciones en el expediente. El CACC hizo caso omiso a todo lo anterior. Ni siquiera les envió a los árbitros la declaración de independencia, solicitada formalmente por el tribunal arbitral, para que sus miembros la suscribieran.

³⁰ El autor de este trabajo era uno de los árbitros. Los otros dos árbitros eran dos juristas, profesores y doctrinarios destacadísimos. La Dirección Ejecutiva del CACC le dio más peso a su propia opinión, individual y verbal, que al pronunciamiento colectivo y escrito de tres árbitros.

³¹ Los honorarios fijados por el CACC, para sí y para los árbitros, fueron tan elevados, que una de las partes y el tribunal arbitral solicitaron su reducción. Los honorarios fueron reducidos, pero seguían siendo muy altos, y, en definitiva, las partes decidieron no pagarlos, abandonando el arbitraje.

**PALABRAS DE CLAUSURA
A CARGO DEL DR. ALVARO BADELL MADRID,
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN
VENEZOLANA DE ARBITRAJE (AVA).**

DOCTOR HUMBERTO ROMERO MUCI: Primer Vice-Presidente de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Señores Doctores Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Señores Miembros del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje presentes en este acto

Señores Ponentes;

Colegas abogados.

Respetados estudiantes de las facultades de derecho del país.

Público en general asistentes a esta Jornada.

Señores y señores

Dice el vocero popular (taurino), “**NO HAY QUINTO MALO**”. Ciertamente, para la **ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE ARBITRAJE**, ha sido un honor poder realizar esta **QUINTA JORNADA DE ARBITRAJE** con el auspicio y en la Sede de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, la cual ha sido exitosa y muy lucida.

Hemos disfrutado nuevamente de lo que constituye, sin duda alguna, la esencia y razón existencial de la AVA: **PROMOVER LA CULTURA ARBITRAL EN VENEZUELA** y de qué manera lo hemos logrado de la mano de los Señores Académicos que, como ya es una tradición, nos han apoyado y brindado su Sede y han organizado la logística para haber hecho posible esta V JORNADA DE ARBITRAJE, la cual ha sido totalmente exitosa. Felicitamos por ello, en nombre del Consejo Directivo de nuestra asociación, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales como Corporación y a los Señores Académicos Doctores Humberto Romero Muci; Carlos Eduardo Acedo y Guillermo Gorrín Falcón por su activa participación en esta Jornada Jurídica.

De nuevo y como ya es costumbre, en la AVA hacemos votos porque este evento anual, ya tradicional en el penúltimo mes del año, se siga realizando con esta simbiosis **AVA- ACIENPOL** que nos ha caracterizado y honrado al mismo tiempo, desde la misma fecha de nuestra creación por allá en abril de 2013.

Con mucho honor y sobrado orgullo, a un lustro de su fundación, hoy podemos exhibir una AVA fortalecida, referencia nacional en materia de promoción del arbitraje, con casi un centenar de Miembros Fundadores que hoy se han visto triplicado; incluyendo en nuestras filas a un sin número de estudiantes de derecho ávidos de conocimiento arbitral en quienes queda sembrada la semilla de nuestro propósito y razón existencial. **Hacer cotidiano uso del arbitraje como medio de resolución de controversias.**

Son Ustedes, jóvenes estudiantes, la vedette de este día. Les invitamos a formar parte activa de la AVA y más allá de eso, les pedimos que tengan conciencia plena de la importancia que este medio de justicia por consenso reviste en nuestro País.

Hoy hemos podido presenciar y aprender mucho más de lo que significa el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, que se apuntala sobre la base del principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Las ponencias de los Dres. **MILAGROS BETANCOURT; PEDRO RENGEL; GUILLEMO GORRÍN FALCÓN Y CARLOS EDUARDO ACEDO** han sido impecables tanto en la forma como en su contenido.

Tengan todos Uds. la seguridad que la finalidad del evento ha sido lograda, pues han conseguido Uds. señores Ponentes, transmitir conocimientos basados en su experiencia particular con gran dominio, derivado de su transitar por el quehacer arbitral nacional e internacionalmente.

La AVA honró en esta misma Sede en la Jornada de 2016, a **la Doctora Milagros Betancourt** quien digna y profesionalmente fungió como Directora Ejecutiva del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) durante muchos años. Su referencia histórica Dra. Betancourt al litigio Venezuela Guyana plasmado en el Laudo de 1.899, ha sido brillante, como brillante ha sido el bagaje profesional adquirido y transmitido durante tantos años de ejercicio profesional en pro del

arbitraje y quien honrosamente es MIEMBRO HONORARIO de la AVA. **Pido para ella un caluroso aplauso.**

Del mismo modo y con iguales méritos, los doctores y profesores, **Pedro Rangel; Carlos Eduardo Acedo y Guillermo Gorrín Falcón**, han transitado exitosamente, con mucha pericia y con trayectoria profesional impecable, en este mundo del quehacer arbitral, siendo hoy sin duda alguna, referencia obligada por la jurisprudencia que como árbitros han edificado. **Llegue a ustedes nuestra felicitación y reciban un merecido aplauso.**

No podemos dejar de mencionar, muy brevemente en este importante evento, nuestro regocijo por la reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, número 702 de fecha 18 de octubre de 2018, **Exp. N° 17-0126**, caso: *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

Esa sentencia ha dado un apoyo definitivo y constituye, a no dudarlo, un hito en materia arbitral en nuestro país. Y ello ha sido provocado por la pericia de nuestra **miembro activa de la AVA Dra. Irma Lovera** –con quien hemos tenido el gusto de compartir en nuestra actividad profesional dictando Talleres de Arbitraje organizados por la AVA-, quien acertadamente desaplicó por control difuso de la constitucionalidad el **artículo 41, literal “j” del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.**

Con idéntico dominio de esta materia, **la Dra. Adriana Vaamonde en su condición de Directora Ejecutiva del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas** acordó la remisión del expediente del caso concreto a la Sala Constitucional a los fines de que dicha máxima instancia, en uso de la facultad que le reconoce el artículo 334 de la Constitución y artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sustancie y decida lo referente a la nulidad de la norma que fue desaplicada vía control difuso. **Es un gran honor poder exhibir a la Dra. Adriana Vaamonde como miembro activa de la AVA.**

Esas acertadas actuaciones provocaron la sentencia 702 de la Sala Constitucional a la que nos referimos, en la cual quedaron asentados los siguientes puntos que proyectan definitivamente al arbitraje como

medio alternativo de resolución de conflictos en todos los ámbitos de la vida cotidiana en el país:

Se positiviza de manera definitiva el arbitraje como parte del sistema de administración de justicia el cual “implica... un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias (...).

Se propugna que con el arbitraje “se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...).

Se reitera que el arbitraje es un medio de colaboración con el Poder Judicial... “en tanto que ofrece la posibilidad de desahogar el sistema de justicia de las múltiples causas de las cuales le toca conocer; y los árbitros, a su vez, necesitan de los jueces ordinarios para que estos revisitan de *imperium* a las decisiones de aquellos. En tal sentido, está claro que la administración de justicia mejorará si esta relación se optimiza.”

“A través del arbitraje se imparte justicia. ...y la sentencia señala la posibilidad que tienen los justiciables de “acudir a la jurisdicción arbitral (alternativa) y no a la jurisdicción ordinaria (judicial), a fin de dirimir sus controversias de cualquier índole, pues el artículo 258 constitucional no hace diferencias al respecto».

Muy importante, la sentencia señala que el arbitraje es un medio jurisdiccional y por ende un derecho fundamental. Al respecto prevé que: “los órganos del Poder Público a los que de alguna u otra forma les compete la elaboración de leyes deben procurar que las normas incluidas en las mismas favorezcan o sean proclives a la admisión del arbitraje y que sólo *in extremis* se disponga su prohibición o rechazo.” (...) el arbitraje y el resto de los medios alternativos de resolución de conflictos, en tanto envuelven el ejercicio de actividad jurisdiccional, no se limitan o se realizan con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializan en “(...) *la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz (...)*” De tal forma que el arbitraje es un derecho fundamental de rango constitucional.

Adicionalmente, la sentencia 702 reconoce la potestad de los árbitros, en su rol de impartir justicia, de ejercer control difuso de la constitucionalidad de actos normativos como ocurrió en este caso. Así la sentencia expresó que los árbitros están obligados a “privilegiar la vigencia del Texto Fundamental, sobre cualquier otra disposición cuya aplicación pudiera lesionar su supremacía”

“los árbitros deben encauzar su actividad dentro del marco de la *norma normarum*, independientemente de que esa adecuación se dé o no dentro de un proceso judicial, pues, toda aplicación de la ley debe ser conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de garantizar la supremacía constitucional prevista en su artículo 7 y al mismo tiempo, evitar eventuales lesiones a los derechos fundamentales.”

(...) resulta de aplicación **extensiva a los árbitros** el deber que tienen los jueces de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en nuestra Carta Magna y en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional.”

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

(...) ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto **los medios**

alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.

Hemos visto pues, como esta decisión constituye un antes y un después en el arbitraje Venezolano y rescatamos su origen último en **las Dras. Irma Lovera y Adriana Vaamonde** para quienes solicitamos **igualmente un reconocimiento especial en este acto a través de nuestros aplausos.**

Finalizamos estas palabras agradeciendo de nuevo a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a su Junta Directiva; a todos los Numerarios que la conforman, por la oportunidad que se ha dado a la AVA en este día en pro de la divulgación de la cultura arbitral nacional, lo cual nos compromete desde ya a organizar conjuntamente la próxima Jornada de Arbitraje en esta sede.

Agradecemos al mismo tiempo con idéntica intensidad a todos los Miembros del Consejo Directivo de la AVA por su entrega, por su apoyo y por hacer realidad este evento en este 5to año.

Muchas gracias.

FOROS

**LLAMADO A ELECCIONES
POR PARTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE.
15 DE FEBRERO DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha considerado necesario que sus integrantes expresen a la comunidad nacional los criterios jurídicos que se han formado acerca del “Decreto Constituyente sobre la Convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela”, como consecuencia de una reflexión responsable acerca de esta nueva situación de hecho, al margen de la Constitución vigente, generada por la Asamblea Nacional Constituyente, cuya ilegitimidad ha sostenido esta institución reiteradamente, por la inconstitucionalidad del origen de esa Asamblea y por el carácter usurpador de los órganos del Poder Constituido en que ha incurrido, con desprecio absoluto del ordenamiento jurídico.

Con ocasión de la apertura del Foro realizado en este mismo recinto, en el mes de junio de 2017, acerca de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente por decreto del Presidente de la República, expresaba que el “proceso constituyente popular” -así llamado en el decreto de convocatoria- que pretendía imponer el Ejecutivo Nacional, nos retrotraía abruptamente a etapas que creíamos superadas en nuestra historia republicana, y como un tobogán empinado nos conducía a una involución de más de cien años. Hoy nos toca reafirmar esta expresión, corroborada por el recuerdo de ciertos hechos del pasado nacional.

Me permito entonces traer nuevamente al presente, el recuerdo de dos hechos infelices extraídos de nuestra historia política: el horrendo fraude electoral de 1897, cometido por el Presidente de la República general Joaquín Crespo, para mantener la continuidad de su hegemonía, y el fraude electoral para desconocer los resultados de la elección de los diputados a la Asamblea Constituyente efectuada el 30 de noviembre de 1952, que dio paso a la dictadura del coronel Marcos Pérez Jiménez. En ambos casos, se dieron circunstancias similares, como el desconocimiento de la soberanía popular, el empeño del grupo gobernante de

retener el poder a toda costa y violar el principio de alternancia democrática, la imposición arbitraria del poder presidencial, la exclusión de candidatos y la eliminación de votantes opositores, la proscripción de partidos políticos, la persecución física y moral de sus dirigentes, la configuración de un cuerpo electoral hecho a la medida del poder, la existencia de autoridades electorales sometidas al gobierno, el desconocimiento de garantías electorales mínimas, con implantación de un abierto ventajismo electoral y el menoscabo del derecho al sufragio, tanto en su forma activa como en su forma pasiva.

En particular, destaco ahora el segundo de los hechos mencionados, por ser más afín con los hechos que rodean a este llamado a elección presidencial de la Asamblea Nacional Constituyente, con usurpación de funciones y sin garantías de transparencia, imparcialidad e igualdad. La convocatoria a la elección de la asamblea constituyente en 1952 por una Junta de Gobierno fue la vía escogida para evitar la elección presidencial que correspondía, de acuerdo con la Constitución de 1947, sin dar cumplimiento a los requisitos que caracterizan a una elección libre. Frente a este atropello de la Junta de Gobierno, reconstituida después del magnicidio cometido sobre la persona del coronel Carlos Delgado Chalbaud, los partidos opositores ilegalizados y excluidos decidieron no participar, en tanto que aquellos partidos penosamente subsistentes decidieron hacerlo y arrastraron a los votantes de los no participantes. Mientras que el gobierno participó en la elección a través de partidos forjados con funcionarios públicos. El resultado fue un triunfo de los opositores no reconocido por el gobierno, el cual desmanteló al Consejo Supremo Electoral y produjo un resultado falso de las votaciones al cabo de algunos días, y acto seguido apresó y desterró a los líderes del frente opositor. Tiempo después, con los diputados oficialistas y algunos suplentes de los opositores, el gobierno hizo aprobar una constitución a la medida del nuevo dictador.

A mi juicio, los hechos políticos del año 1952 tienen mucha similitud con la situación que nos congrega en esta mañana. Me refiero al verdadero objeto de la asamblea constituyente en ambos casos, al servicio que el golpe electoral presta al continuismo presidencial, a la ausencia de garantías jurídicas, y sobre todo, al dilema sufrido por el frente opositor.

El dilema mencionado podría ser enfrentado de diversas maneras. Con apoyo en el pensamiento del filósofo y sociólogo político Max Weber, podríamos decir que caben dos enfoques: el de la “ética de la convicción” y el de la “ética de la responsabilidad”, según sus términos. La primera, es absoluta y está centrada en la bondad de los actos, sin reparar en las consecuencias; mientras que la segunda, más propia de los políticos, está centrada en la bondad de las consecuencias de los actos. En 1952, el sector opositor más perseguido siguió la ética de la convicción, mientras que el sector opositor precariamente subsistente siguió a la ética de la responsabilidad, en la creencia de que el costo político del fraude detendría a la dictadura. Es todavía difícil saber cuál sector tuvo la razón en el año 1952. No hay duda que es aún más difícil saberlo en el presente. De lo que no deberíamos tener dudas es que ambos aspectos de la ética política deben ser sopesados con equilibrio, y no caer en diatribas morales autodestructivas.

En el día de hoy, los académicos intervinientes nos ilustrarán acerca de las razones jurídicas para juzgar el “Decreto Constituyente sobre la Convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela”. Si bien es cierto que ellas están referidas primordialmente al ámbito de la ética de la convicción, no hay que desdeñar en ningún momento la ética de la responsabilidad, que nos convoca a pensar en la bondad de las consecuencias de toda decisión, aún la más conforme con nuestra conciencia y con nuestros principios, otorgando sentido a la eficacia de lo decidido.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, febrero de 2018.

**EFFECTOS DEL DECRETO CONSTITUYENTE
QUE CONVOCA A ELECCIONES
PARA LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.
DRA. CECILIA SOSA,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

SUMARIO

- Punto Previo. • Fundamentos que se invocan para la dictación del Decreto.
- Los efectos de la inconstitucional convocatoria. • Consideración Final.

PUNTO PREVIO

Para saber lo que nos pasa con la Asamblea Nacional Constituyente de hoy, debemos recordar el origen de estos lodos y cómo el poder constituido y constituyente han sido malogrados, por querer quienes lo impulsan tener más poder político, aunque con ello se acabe con la forma republicana de gobierno y se habilite una dictadura a fuerza de represión.

Hace muchos años en 1999, para ser más precisos el 19 de enero, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa dictó una sentencia con votación unánime bajo ponencia del magistrado Humberto la Roche, en la que se interpretó el preámbulo, el artículo 4 y el artículo 50 de la Constitución de 1961, y el artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio con fundamento en el artículo 42 ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que otorgaba la competencia para interpretar a esa instancia judicial. Esta sentencia estableció el alcance del referendo consultivo consagrado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, texto que fundamentaba la consulta de cualquier asunto de especial trascendencia nacional, distinto a los excluidos expresamente por la referida ley, y por ello se permitía incluir la relativa a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC).

La sentencia en cuestión estableció que la soberanía reside indiscutiblemente en el pueblo como poder soberano y que si bien la Constitución de 1961 establecía que esa soberanía se ejerce a través de los órganos del Poder Público a quien elige; ello no impedía que pudiera ejercerla directamente, en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre su ejercicio a través de sus representantes.

Debemos recordar que el referendo consultivo fue establecido por el Congreso de la República mediante ley, llamando a la participación popular en los asuntos públicos nacionales, y estableció que tal iniciativa debía ser presentada ante el Consejo Nacional Electoral, verificándose el cumplimiento de los requisitos exigidos. Por tanto, estaba claro que no le corresponde al poder constituido, Congreso para ese momento, decidir si se consagra o no en una Constitución la existencia de una ANC, por cuanto no detenta el poder legislativo el poder originario intransferible del pueblo para decidir por él.

Fue la sentencia dictada nueve meses después, el 14 de octubre de 1999 por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, bajo ponencia de su presidente Iván Rincón Urdaneta (Caso Enrique Capriles Radonski, quien demandó la nulidad del Estatuto de Funcionamiento de la ANC), la que decidió, pretendiendo fundamentarse en la sentencia ya comentada del 19 de enero, usurpar el poder originario del pueblo estableciendo de manera confusa y ambigua que en el interregno de la ANC, ésta actúa dentro del contexto jurídico donde rige transitoriamente la Constitución anterior, por cuanto la supresión de la Constitución actual (refiriéndose a la de 1961) se produce sólo cuando es refrendada y sancionada por el pueblo la nueva Constitución; pero, más adelante esta tráfuga sentencia, entra a considerar el estatuto de la ANC y lo califica como normas supraconstitucionales, quedando la Constitución de 1961 como el límite del poder constituido, consagrando así que los actos emanados de la ANC no pueden ser inconstitucionales por cuanto tienen poderes ilimitados e indivisibles dado que “la soberanía popular se convierte, a través de la ANC, en supremacía de la Constitución...” (votos salvados de los magistrados Hermes Harting, Humberto La Roche, Hildegard Rondón de Sansó, Belén Ramírez Landaeta, todos de la Sala Político Administrativa). Ya para este momento Cecilia Sosa Gómez había renunciado al cargo de Magistrado y Presidente de la Corte Suprema de Justicia, al permitir la Corte en Pleno por votación ocho a siete de sus magistrados aceptar la aplicación del Decreto de Reorganización del Poder Judicial, dictado por la ANC, el 18 de agosto de 1999, invocando para ello el ejercicio del poder constituyente originario y por tanto con poderes para la reorganización de todos los órganos del Poder Público.

FUNDAMENTOS QUE SE INVOCAN PARA LA DICTACIÓN DEL DECRETO

El Decreto (publicado en Gaceta Oficial el 23 de enero de 2018) se inicia con una frase que prueba el mismo fraude cometido por la ANC del 99, reeditado en 2017 de forma agravada, cuando invoca el origen de su pretendido poder. Me refiero a la afirmación de que ella ejerce el poder originario emanado del mandato conferido por el pueblo de Venezuela el 30 de julio de 2017, es decir producto del montaje de Nicolás Maduro, y cumplido por el Consejo Nacional Electoral (CNE), como fue elegir a los constituyentistas, a quienes se pretende transformar en los depositarios del poder del pueblo.

El Decreto tiene un solo artículo, “Convocar para el primer cuatrimestre del año 2018, el proceso electoral para la escogencia de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela.” (Hoy conocemos la fecha mediante cronograma de elección publicado en la página web del CNE fijado para el día 22 de abril de 2018).

Es el caso que el Decreto en cuestión pretende tener un fundamento jurídico y nueve (9) considerandos, los cuales paso a comentar no sin antes decir que ninguno tiene relación alguna con el adelanto de las elecciones para elegir presidente de la República.

El considerando primero dice que actúa en cumplimiento del mandato del pueblo soberano lo que es una falacia, ya que la convocatoria corresponde exclusivamente al pueblo, y no la hizo porque nadie se lo preguntó. Es tan cínica la redacción del Decreto, que se auto atribuye como finalidad hacer realidad los valores supremos de la República, e invoca entre otros la libertad, la soberanía, la preeminencia de los derechos humanos, precisamente los valores que ha destruido y burlado a voluntad.

Reedita esta Asamblea Nacional Constituyente la conducta golpista de intervenir los poderes constituidos, destituir, hacer nombramientos en órganos de control con titulares incómodos, como el Fiscal General de la República, tomar juramentos y desplazar de sus cargos de elección popular a quien no se juramente ante ella, derogar de hecho el orden constitucional existente, asumir la función legislativa constitucional

para usurpar los poderes ya casi inexistentes de la Asamblea Nacional, entre otros muchos asuntos.

En el considerando dos, insiste la fraudulenta ANC en investirse como poder originario y fundacional del pueblo venezolano, y con ese poder señala que todos los órganos del Poder Público se encuentran a ella subordinados y así expresamente lo declara, con el descaro de agregar que lo hace “en armonía con los poderes públicos constituidos.”

El considerando tres retoma sus auto asumidas supra facultades, para insistir en el poder que se abroga de dictar medidas sobre las competencias, funcionamiento y organización de los órganos del Poder Público, con el sadismo de una frase que cree lo resuelve todo: “sin menoscabo del cumplimiento de las funciones consustanciales a cada rama de poder Público”.

El considerando cuarto se encarga de identificar a los que se consideran enemigos del régimen, atribuyéndoles una campaña de odio contra el pueblo venezolano, ellos son los poderes imperiales y los poderes fácticos, al agredir la economía, linchamientos mediáticos contra la venezolanidad y guerras psicológicas para medrar la identidad nacional y generar zozobra. La pregunta es si esas razones obligan a llamar anticipadamente a elecciones para presidente de la República.

Luego el considerando quinto está dedicado a los que considera otros enemigos, los Estados Unidos de América y a la Unión Europea, por las ilícitas e ilegítimas sanciones para procurar un cambio de gobierno y el modelo de desarrollo en Venezuela, materia que guarda distancia con la decisión de convocar elecciones para presidente de la República.

Para culminar el trío de enemigos, se incluye a la oposición venezolana, a quien le atribuye haber boicoteado los mecanismos democráticos y electorales y pretender imponer la violencia y justificar la intervención extranjera. ¿Justifica esto un llamado a la reelección de Nicolás Maduro?

No podía faltar en el Decreto invocar el espíritu libertario de la unión cívico-militar que hace sesenta años se alzó contra una sangrienta dictadura; todo para afirmar que sólo las elecciones afianzan la paz, la convivencia y la tranquilidad pública, sin importar si ellas son democráticas, transparentes y creíbles.

Se dio cuenta la Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente que cuando justifica el espíritu libertario del alzamiento cívico militar contra la dictadura de Marcos Pérez Jiménez, ¿Está justificando el alzamiento cívico militar contra la dictadura de Nicolás Maduro precisamente por el espíritu libertario del venezolano?

La única razón de convocar a elecciones presidenciales anticipadas de manera unilateral y en violación de la Constitución es mantenerse en el poder sin importar el desastre humano que vivimos, el hambre, la miseria, la enfermedad y la muerte de venezolanos.

LOS EFECTOS DE LA INCONSTITUCIONAL CONVOCATORIA

PRIMERO: EL ORIGEN DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE HACE QUE SUS ACTOS NO TENGAN EFICACIA VIOLANDO EL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA.

La pseudo Asamblea Nacional Constituyente dictó el Decreto de convocatoria a elecciones presidenciales suscrito solamente por cinco personas quienes se auto invisten de presidente, primer y segundo vicepresidente, un secretario y un subsecretario. Reiteramos que esta vía de hecho carece de toda validez y trascendencia jurídica, y quienes lo suscriben han usurpado funciones públicas incurriendo en responsabilidad penal por violar los derechos garantizados en la Constitución de la República. (Artículo 25)

SEGUNDO: LA ORDEN DICTADA ESTÁ DIRIGIDA A UN ÁRBITRO QUE NO ES IMPARCIAL, AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE Y EL SISTEMA NO ES CONFIABLE.

La autoridad de los poderes públicos por elección popular sólo puede derivar de la voluntad del pueblo expresada en elecciones auténticas, libres, justas y competitivas, celebradas sobre la base del sufragio universal, directo y secreto, y en ningún caso de una pretendida autoridad que viola los valores, principios y garantías democráticas al someterse a un llamado espurio realizado por quien le usurpa su poder constitucional.

Para que una elección sea verdaderamente democrática, deben concurrir un conjunto de requisitos y condiciones que garanticen la confiabilidad del sistema electoral, del proceso y en particular la aceptación de los resultados.

El árbitro electoral (CNE), dominado por una Asamblea Nacional Constituyente que no representa sino los intereses de quien como Presidente quiere mantenerse en el poder disfrazado de elecciones, no ofrece garantías de imparcialidad, su conformación mayoritaria responde a agentes de un entramado asociativo que ha colonizado todos los poderes públicos, dominados a voluntad por la espuria Asamblea Nacional Constituyente, hace imposible que su proceder sea transparente y merezca confianza. Su irregular designación por una Sala Constitucional, igualmente ilegítima, y su proceder amañado a favor de la llamada “revolución”, han propiciado que esos rectores ilegítimos, teman también abandonar el poder y por consiguiente teman validar resultados adversos a la llamada “revolución”.

TERCERO: EL DERECHO AL VOTO NO ESTÁ GARANTIZADO.

El derecho a elegir y ser elegido, y cada persona un voto, no existe en Venezuela. Precisamente sobre el fraude están montadas estas elecciones para presidente de la República.

No se dispone de un registro electoral actualizado, ni auténtico y su data no es confiable, los millones de venezolanos que están fuera del país no se les garantiza su derecho a actualizar su nuevo domicilio ante los respectivos consulados, en muchos casos han sido cerrados arbitrariamente para impedir y limitar el ejercicio a este derecho.

La práctica del Consejo Nacional Electoral para actuar reglamentando materias que sólo corresponden a la ley, modificar circunscripciones electorales a discreción, migrar electores, disminuir o aumentar el número de centros de votación, usar número de máquinas a conveniencia del sector oficial, hace realmente imposible cumplir las garantías constitucionales como son: confiabilidad, imparcialidad, transparencia igualdad y eficiencia en los procesos electorales, como en la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

CUARTO: CUESTIONADO EL SISTEMA AUTOMATIZADO.

La automatización del voto no es idóneo, debido a la falta de administración y operación transparente, a la falta de protocolos para auditorías confiables, más cuando la propia empresa que desarrolló el software y suministró el hardware (Smarmatic) admitiera el pasado 2 de agosto de 2017 que “No podemos garantizar resultados de la Constituyente, creemos que la data para la elección fue manipulada. Estimamos que la diferencia entre la cantidad anunciada y la que arroja el sistema es de al menos un millón de electores.”

QUINTO: EL DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO ESTÁ CERCENADO.

Presentarse como candidato, que representa una de las formas de participación política, y el tener una campaña electoral que le permita divulgar sus propuestas, no son posibles en este pretendido proceso electoral. Por otra parte, el régimen ha cercenado arbitrariamente a venezolanos impidiéndoles presentar, en condiciones de igualdad, su candidatura a elecciones, mediante anómalas inhabilitaciones políticas utilizando a la Contraloría General de la República, cuando a todo evento correspondía el pronunciamiento a los tribunales, propiciando así una inexplicable situación de discriminación que favorece al oficialismo o a algunos líderes opositores y perjudica a otros. Además, mediante decisiones amañadas se han invalidado partidos políticos, propiciando un cuadro discriminatorio en el desarrollo de una contienda electoral.

Por su parte el elector, ve restringido su derecho a expresarse políticamente, emitir sus opiniones y trasmitirlas, sufre la restricción y la interferencia al ser acosado por grupos oficialistas al servicio de la “revolución”, el acceso a los medios informativos está prácticamente prohibido, salvo para alabar al régimen, le está prohibido acceder a los medios informativos del Estado si su candidato no es el oficial, y hasta el acceso a los bienes que distribuye el Estado puede perderlos si se declara opositor. Esto sin considera la amenaza de sustitución de la cédula de identidad por el llamado Carnet de la Patria, con la que se pretende comprar la adhesión política en las elecciones presidenciales convocadas.

SEXTO: EL VENTAJISMO Y LAS PRÁCTICAS DELICTUALES.

No existen contrapesos en el ejercicio del Poder Público en Venezuela, participar en unas elecciones presidenciales que tendrán como único propósito legitimar la deriva totalitaria y pretender hacerse reconocer por una pseudo Asamblea Nacional Constituyente, pretendiendo que ese es el pueblo, realmente es una farsa que el elector conoce y aunque siente la presión de ser castigado por el régimen si no le obedece asistiendo al acto de votación, ya tiene claro que hasta votando nulo su decisión será manipulada para hacer ganar a quien quiere seguir medrando del poder.

SÉPTIMO: NO HABRÁ OBSERVACIÓN INTERNACIONAL.

Ha sido ya una costumbre instaurada por el Consejo Nacional Electoral prevalerse de la figura jurídicamente inexistente de “acompañante internacional”, es decir invitados oficiales que provienen de las filas de partidos y organizaciones afines al régimen en el ámbito internacional, quienes sin mayores facultades de veeduría, y sin obligación de rendir informe, concretan su labor en asistir a los centros de votación que se les indica, para ver cómo transcurre la jornada de los ciudadanos en los centros de votación, sin ninguna obligación de rendir informes ya que no acceden a los espacios del Consejo Nacional Electoral donde se procesan los resultados ni a los centros de recepción de cómputos electorales. De manera que la observación calificada e independiente y habilitada para rendir informes persuasivos con presencia antes, durante y terminado el proceso de votación no estará presente en el país.

OCTAVO: LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.

Es lo cierto que los países que han buscado coadyuvar a una salida a la crisis política, económica y social del país, están definitivamente claros que el régimen nunca tuvo la intención seria de acordarse sobre un proceso electoral limpio y transparente, por eso la declaración de Lima de 13 de febrero de 2018 es clara y contundente: NO a la convocatoria a elecciones presidenciales realizada por una ANC cuya existencia no reconocen.

NOVENO: LLAMADO A LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

Los partidos políticos opositores tienen que asumir que los miembros de esos partidos son Diputados en ejercicio en la Asamblea Nacional, representantes del pueblo venezolano todo y de los estados en su conjunto, y tienen el deber de proteger la Constitución y en tal sentido han acordado una y otra vez, el compromiso de lucha incansable para restablecer su efectiva vigencia al restaurar la democracia, se han comprometido como Poder Público legítimo a ejercer sus competencias constitucionales, entre las cuales resalta ejecutar el acuerdo firmado el 18 de julio de 2017 referido a la consulta popular del día 16 en el cual se desconoce la fraudulenta e ilegítima constituyente y se exige a los integrantes de la FAN sujetarse a la Constitución y adoptar las medidas constitucionales para la renovación de los poderes públicos de acuerdo a la Constitución, y crear las condiciones que permitan la realización de elecciones libres y transparentes y a promover la formación de un gobierno de unión nacional para restituir el orden constitucional.

Por tanto la posición de los partidos políticos de oposición deben estar acordes con las exigencias no aceptadas en la mesa de negociación y por tanto dejar que las elecciones írritamente convocadas de manera unilateral por el actual presidente, usando la pantalla de la ANC de realizarse, sean su propia consagración como dictador y con unos contrincantes que concurren para dar la apariencia de competencia por el cargo de presidente, acto que no resuelve los problemas que sufrimos todos los venezolanos.

CONSIDERACIÓN FINAL

Premisas fundamentales además de las señaladas, para proceder a la acción:

Se trata de un proceso electoral que se pretende efectuar en una fecha que no dispone la Constitución por tanto se trata de un proceso inconstitucional. Siendo así, lo que se derive del mismo carece de legitimidad.

Es concluyente entonces, que quien resulte elegido en este proceso electoral será un presidente ilegítimo y no reconocido ni nacional ni internacionalmente.

Ya en junio de 2017, casi ocho millones de venezolanos nos pronunciamos aprobando un documento emanado de la Asamblea Nacional, su impulsora, en el cual se fijaron las pautas que aún no han sido cumplidas por diversas razones.

El logro fundamental de esa expresión popular fue precalificar de espuria e ilegítima a esa ANC y los actos que de ella pudieran emanar.

Los resultados que repartió el CNE entre los 545 miembros, lo hizo violentando toda la normativa constitucional y electoral, y el CNE se burló del pueblo venezolano proclamando a esas personas con representantes del pueblo. El peor fraude electoral.

Ante la convocatoria inconstitucional y el silencio hasta ahora de la dirigencia política pensando que hacer, nosotros como sociedad civil, tenemos que empujar en la dirección constitucional, que no es otra que rechazar la convocatoria a elecciones presidenciales, por cuanto no tiene las garantías constitucionales ni legales ni cumple con los estándares de observación internacional confiable, y sin esos parámetros, no son creíbles ni legítimas como lo afirma la Declaración Conjunta del Grupo de Lima de 13 de febrero de 2018.

Por tanto, decimos un NO a las elecciones convocadas, lo que significa NO a la dictadura. NO voto por más miseria, digo NO a la pobreza, a la enfermedad, al abandono de nuestros niños y ancianos; NO a la falta de servicios, de trabajo bien remunerado, de acceso a los alimentos y medicinas. NO a la represión, NO a presos políticos, No a líderes detenidos e inhabilitados, NO a hombres y mujeres de uniforme corruptos y cometiendo violaciones graves a los derechos humanos y, por supuesto, NO a la falta de justicia y Estado de Derecho.

Tenemos que producir un rotundo NO A ELECCIONES TRAMPASAS, y un rotundo SI A ELECCIONES LIBRES. Ese es el mensaje de la sociedad civil a la Asamblea Nacional, a los políticos y a los partidos.

Cambemos el pesimismo que nos embarga por la esperanza y el combate social por recuperar la vigencia de la democracia, no hay tiempo que perder.

Tenemos poco tiempo para convencernos y convencer a todos que esas elecciones NO van y si van NO valen nada.

**ELECCIONES EN TIEMPOS DE DICTADURA
(NO ES EL TÍTULO DE UNA NOVELA SINO
DE LAS ELECCIONES DEL MADURONATO).
DR. ROMÁN J. DUQUE CORREDOR,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

La llamada Asamblea Nacional Constituyente convocada por Maduro y elegida sectorialmente y no mediante sufragio universal, en un proceso en el que según el Consejo Nacional Electoral participaron supuestamente ocho (8) millones de electores, pero que según la firma Smartmatic, que manejó su sistema automatizado de votos y que se encargó de su cómputo, existía una diferencia entre la cantidad anunciada y la que arrojó el sistema de al menos de un millón de electores. Mediante un acto, de fecha 23 de enero de este año, llamado Decreto Constituyente **de Acciones en Defensa de la Paz, la Democracia, la Soberanía e Independencia de la República Bolivariana de Venezuela**, el Consejo Nacional Electoral **convocó para el primer cuatrimestre del 2018 el proceso electoral para la escogencia de la Presidencia de la República. El único fundamento de Derecho del referido Decreto es la supuesta facultad de tal asamblea para adoptar medidas sobre las competencias, funcionamiento y organización de los órganos del poder público. Facultad esta funcional y organizativa que corresponde a la Asamblea Nacional, según el artículo 187, numeral 1, de la vigente Constitución. En base a este Decreto, que usurpó las funciones propias de convocatoria a elecciones de los cargos de representación popular de los poderes públicos, del Poder Electoral, por órgano del Consejo Nacional Electoral, este Consejo, sin embargo, fijó para el 22 de abril de este año, la fecha para las elecciones presidenciales para el período 2019-2025 y como cronograma electoral estableció el siguiente:**

Registro preliminar: 25 de febrero.

Jornada especial del 10 al 20 de febrero

Admisión al registro electoral: del 25 al 27 de febrero

Auditoría del registro electoral: 26 de febrero, cuyo registro definitivo se publicará el 5 de marzo.

Campaña electoral desde el 2 de abril hasta el 19 de abril en la misma fecha en que se realizará la feria electoral.

Postulaciones se iniciarán con la inscripción por internet desde el 24 al 26 de febrero y la presentación de éstas ante la Junta Nacional del 26 al 27 de febrero.

La admisión y rechazo a las postulaciones se realizarán desde el 26 de febrero al 1° de marzo.

Los partidos podrá escoger la posición en la boleta el 5 de marzo.

El proceso tendrá 15 auditorías.

Ahora bien, independientemente del origen ilegítimo de la convocatoria a elecciones, puesto que quien la convocó usurpó facultades que son del Poder Electoral, ya que conforme el artículo 350 constitucional, la Constituyente de Maduro debió respetar como valor y principio democrático la autonomía y separación de los poderes públicos, e independientemente que también es inconstitucional la convocatoria para el primer cuatrimestre del año 2018 del proceso electoral y de la modificación de la normativa electoral en apenas días antes del día de la elección, hechas por el Consejo Nacional Electoral, voy a referirme al Estado de Derecho y al sistema electoral democrático, para concluir sobre la naturaleza dictatorial de las elecciones mediante la cual se llevará a cabo la reelección de Maduro.

El Estado de Derecho requiere de sistemas electorales verdaderamente democráticos, porque estos sistemas son determinantes para su vigencia como Estado democrático, puesto que son los instrumentos que garantizan la legalidad y la legitimidad de los procedimientos de elección de dichos poderes. Ello se debe a que la democracia es un sistema competitivo que se basa en la existencia de instituciones y de sistemas que aseguren la libertad, la imparcialidad y la igualdad de la escogencia entre diferentes opciones políticas. Por tanto, su legitimidad se afecta por sistemas electorales desiguales y no imparciales.

Por ello, el autoritarismo utiliza sistemas de elección desiguales para fortalecer el totalitarismo y la concentración del poder bajo una formalidad legal pero sin las garantías electorales de la libertad, la igualdad, la imparcialidad y del secreto y de la integridad del voto. Por esta razón,

para evitar el autoritarismo a nivel constitucional, legal e institucional los sistemas electorales democráticos deben ofrecer espacios y garantías a los partidos políticos. Por esto, en el constitucionalismo moderno se constitucionaliza la democracia, a través de garantías para la libertad de acción de los partidos políticos y de los derechos a la publicidad, a la información, al financiamiento y el establecimiento de reglas para los casos de reelección. Por ello, predicar la democracia y practicar la autocracia, mediante sistemas electorales que impidan la democracia con los partidos y en los partidos es contradictorio con el Estado democrático de Derecho. Esa contradicción inhibe al ciudadano y hace ineficaz el sistema electoral para consolidar la democracia, porque lleva a la desaparición o debilitamiento de los partidos políticos. En el Estado de Derecho, pues, la relación entre partidos políticos y sistema representativo, es uno de los elementos del Estado democrático, por eso cuando los mecanismos electorales permiten la concentración del poder por los partidos mayoritarios se afecta la representatividad. En el proceso electoral para la reelección de Maduro se ha desconocido este elemento del Estado de Derecho de la democracia de partidos a través de mecanismos de validación para su eliminación.

Por otro lado, las garantías electorales constitucionales pretenden asegurar derechos a la oposición, para consolidar la democracia y evitar el monopolio de la representación por un solo partido o por una coalición de partidos. Dentro de esas garantías está el derecho a la información electoral periódica y sistemática, a la utilización de los medios de comunicación del Estado, y el derecho a participar en los organismos electorales. Estos son derechos de la oposición para garantizar la libertad, el pluralismo y la igualdad que determinan el Estado constitucional democrático. Por lo tanto, la existencia de sistemas electorales deficientes y la carencia de partidos políticos fuertes, promueven el presidencialismo y por eso se introducen en los procesos electorales elementos que permiten el autoritarismo, como la reelección y el control de los organismos electorales por el gobierno y la manipulación de la normativa electoral. La consagración de sistemas electorales que garanticen el pluralismo limita la tendencia a la concentración del poder y por tanto si quien lo ocupe tiene esas inclinaciones, el pluralismo y el respeto a

la oposición se incorpora a la estructura misma del sistema electoral para impedir el autoritarismo. De manera, que los sistemas electorales que promueven el autoritarismo convierten el sistema electoral en un sistema presidencialista y en un régimen personalista plebiscitario. El Estado democrático exige, por tanto, procesos electorales confiables para asegurar la legitimidad democrática de los titulares de los órganos del poder y para evitar ese personalismo plebiscitario, que se garanticen los derechos constitucionales de la oposición, la imparcialidad de los organismos electorales, el derecho al secreto y la integridad del voto, la regulación especial en casos de reelecciones, el derecho a la información electoral y el financiamiento de los partidos políticos. Particularmente, la reelección indefinida y periodos gubernamentales extensos, alteran el principio de la alternatividad del gobierno democrático, causando la muerte de la esencia de la democracia, que por definición supone el derecho a cambiar de gobernantes y a sustituirlos por otros para garantizar el principio republicano y civil del carácter no vitalicio de los cargos públicos. Por ello, los sistemas electorales que permiten esa permanencia indefinida en el poder de los gobernantes contrarían el Estado de Derecho democrático de partidos. Y permiten una democracia plebiscitaria, que además de fomentar el plebeyismo político, convierte en la práctica un gobierno alternativo en un régimen personalista. Un proceso electoral para una elección presidencial, en el cual las elecciones se fijan a conveniencia de quienes detentan el poder, eliminando lapsos necesarios para el registro electoral, para las postulaciones, sin control de la campaña electoral, se inhabiliten posibles candidatos y partidos importantes, y, sin observación independiente, u obstaculizando el acceso a centros de votación y signado por el ventajismo electoral, en los casos de candidatos que aspiren su reelección, configuran un sistema electoral de consolidación del autoritarismo. Ahora bien, desde otro punto de vista, si se tiene presente la trascendencia jurídica de la democracia como valor constitucional, los sistemas electorales autoritarios, no confiables, promueven la abstención, como forma extrema de rechazar los sistemas electorales antidemocráticos y de deslegitimar la representación y la titularidad de los órganos del Estado. Pero transforma el proceso electoral en un plebiscito y no en una elección. En este orden de ideas, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en

Sentencia N° 160 del 08.11.2005, dijo que “*una elección con un único candidato, no es semántica ni técnicamente elección* “(...) y, que en los procesos electorales la postulación de un candidato único, desvaloriza la fase de postulación al no traducirse en una verdadera oferta electoral la fase de votación, puesto que da lo mismo votar o no votar si ya se sabe de antemano el ganador y, por lo tanto, desvaloriza toda elección al punto de hacerla superflua”. Es decir, no legaliza ni legitima los poderes elegidos antidemocráticamente.

En este orden de ideas, cualquier forma de elegir los poderes públicos que no consagre las garantías de un sistema electoral democrático, como lo establecido por el CNE para la elección presidencial fijada para el 22 de abril, es contraria con el orden constitucional que consagra cuáles son los procedimientos legítimos para el acceso al poder. Un poder público conformado por procedimientos que no consagren las garantías constitucionales electorales, es contrario al orden constitucional y al Estado de Derecho, porque éste no existe en donde los sistemas electorales no son democráticos. Por esta razón, no hay Estado de Derecho en los Estados totalitarios o de partidos únicos porque se conforma un sistema electoral desigual y exclusivo. En efecto, donde un sistema electoral se impone, no resulta legítima ni la elección ni la titularidad del poder. Asimismo, la utilización indebida de recursos y de los medios del Estado para las campañas y la publicidad electoral por parte de quienes detentan el poder, aprovechándose del control que les otorga su condición de administradores del patrimonio público y de controladores de la información y de los medios de comunicación social, constituye un abuso y una desviación de poder, además de un delito de corrupción. Y, configura ventajismo electoral el empleo de mecanismos de persecución política para disminuir las oportunidades de los contrarios, como las inhabilitaciones y enjuiciamientos de opositores o la invalidación de partidos. Al igual que los instrumentos de presión y de intimidación o de soborno para forzar las decisiones electorales de los ciudadanos de modo de impedirles la escogencia de las diferentes opciones, como el carnet de la patria para obtener comidas o medicinas, puesto que representan la utilización de la violencia para impedir el sufragio libre, que además del abuso y de la desviación poder configuran un fraude electoral contrario al orden constitucional. Por supuesto, que

también la manipulación y la alteración de los mecanismos legales de garantía del voto secreto, directo y personal. Estos vicios atentan contra el orden constitucional y contrarían la noción de Estado de Derecho democrático y de partidos.

Un interesante precedente para el Derecho Constitucional comparado lo es el Acto Legislativo N° 02 del 2004 del Congreso Colombiano sobre la reelección presidencial, que incorporó a la Constitución de Colombia diversas garantías de igualdad electoral que junto con otras normas constitucionales establecen limitaciones para los funcionarios públicos y que constituyen garantías de la libertad del elector y de la competencia electoral igualitaria. Así, por ejemplo, se prohibió al Presidente y al Vicepresidente la utilización de los bienes y de los medios del Estado para las campañas electorales, distintas a aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los candidatos; y, garantiza a los partidos y movimientos políticos de oposición, el uso de los medios de comunicación social del Estado. Posteriormente, mediante Ley 996 de 2005 de Garantías Electorales el Congreso de Colombia reguló la elección de Presidente de la República, de acuerdo a lo establecido en el Acto Legislativo N° 02 de 2004, reglamentándose lo relativo a la reelección presidencial, específicamente en lo atinente a la campaña presidencial, el acceso a la financiación estatal previa y sus montos máximos, el control de los recursos, el acceso equitativo a los medios de comunicación, las prohibiciones especiales al Presidente durante la campaña electoral, las prohibiciones a la participación en las campañas de los funcionarios públicos y las sanciones por el incumplimiento de estas prohibiciones. Nada de estas garantías electorales, tratándose de una reelección presidencial, existen en la elección convocada por la asamblea nacional constituyente y fijada por el CNE, de Maduro. La ausencia total de estas garantías, como las señaladas, definen aún más las elecciones presidenciales del 22 de abril como un proceso electoral dictatorial, lo que se evidencia igualmente en que la convocatoria para la escogencia del Presidente para el período 2019-2015, resulta extemporánea y ventajista por anticipada.

Concuero con **Manuel Aragón**, en que para que exista una real democracia y no formal o plebiscitaria, no basta con que se reconozca

el carácter universal del sufragio sino que también ha de ser libre, igual, directo y secreto; y además ha de estar acompañado de otras libertades sin las cuales no puede hablarse propiamente de un sufragio libre, tales como las libertades de expresión, asociación, reunión y manifestación y la libertad de la presentación de candidaturas y de la libre concurrencia de las mismas y del libre desarrollo igualitario de la campaña electoral. Y, por último, cuando se establecen períodos largos y reelecciones indefinidas en las elecciones unipersonales; se debilita la función específica que cumple el sufragio, cual es la limitación temporal del Poder, ya que no es democrático el sufragio si no es ejercitable periódicamente. Es decir, si la representación que se confiere no lo es por períodos cortos. Por ello, elecciones libres y periódicas para períodos cortos, para nominaciones personales, y sin reelección indefinida, junto con la división de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales, son hoy día los elementos que legitiman el Estado de Derecho democrático. De allí que limitación de la permanencia en sus cargos de los gobernantes elegidos mediante el sufragio que impida su adherencia a ellos es un elemento esencial del sistema de gobierno democrático. De modo que la gobernabilidad y la viabilidad de un sistema que se califique de democrático dependen que se den esas características en el sistema electoral.

Para que no se deforme la democracia, dice **Vladimiro Naranjo Mesa**, son prerequisites ineludibles: 1) Elecciones periódicas y libres para cada cierto tiempo en lapsos cortos y establecidos en la Constitución y ausentes de fraude. 2) Estricta garantía del ejercicio de las libertades públicas y de los derechos individuales. 3) Pluralidad de partidos políticos con igualdad de oportunidades para todos ellos. 4) Garantía de la separación de las funciones de los poderes públicos. Y, 5) Acataamiento del principio de la legalidad. No cabe duda que las elecciones presidenciales del 22 de abril, convocadas ilegítimamente por la usurpación de funciones por parte de la Asamblea Nacional Constituyente de Maduro y el sistema electoral establecido por su CNE, constituyen una elección en dictadura, por contradecir los principios de igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia, que se proclaman en el numeral 10 del artículo 293 constitucional, como marco de

la legitimidad democrática de los procesos electorales, sobre todo para evitar que la reelección presidencial acabe con el Estado de Partidos y de Derecho.

Por lo expuesto, las elecciones maduristas del 22 de abril, cabe en la definición de “*elecciones no competitivas bajo regímenes totalitarios*”, porque el derecho al voto se reduce a un número más o menos limitado de personas; hay exclusión de candidatos por represalias políticas; existe la compra de conciencias y el absoluto control de los procesos electorales por los gobiernos. Además, la presentación y nominación de candidatos está sujeta a la decisión del régimen; las votaciones están bajo la vigilancia del partido oficial; se ha creado una asfixiante presión sobre la población para que vote masivamente a favor de los candidatos propuestos por el régimen; y se ha promovido la formación de partidos satélites. Todo ello para la perpetuación del continuismo.

Dentro de este orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, del 31 de diciembre de 2017, presentado el 12 de febrero de este año, respecto de los derechos políticos de los venezolanos, expresó “su más profunda preocupación por las distintas medidas adoptadas por el CNE que obstaculizan el ejercicio efectivo de los derechos políticos de la población venezolana. Asimismo, condena que el Estado no garantice de manera suficiente la independencia de este órgano, lo cual tiene un impacto negativo en la protección de derechos humanos y en especial, en los derechos políticos. Asimismo, la referida Comisión advirtió, en dicho Informe, que los distintos obstáculos que se han colocado para el ejercicio de los derechos políticos de la población venezolana, en sus distintas manifestaciones, incumplen con la obligación del Estado de “[generar las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos [derecho a votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas] puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”. Afirmo, igualmente, en cuanto a los derechos políticos, que en relación con el Consejo Nacional Electoral, señaló que debe “tomar las medidas necesarias para asegurar su independencia, a través de la aplicación del mecanismo de elección y requisitos establecidos constitucionalmente; así como el aseguramiento en sus decisiones de los derechos políticos de la

población venezolana, sin interferencias indebidas”. Y el Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Francisco Eguiguren, concluyo afirmando: **“Consideramos que la democracia requiere de elecciones libres, confiables y transparentes. Cualquier futuro proceso electoral solo tendrá credibilidad y legitimidad si cumple de manera estricta con estas garantías”. Y, que, “El Consejo Nacional Electoral no presenta las garantías mínimas de independencia e imparcialidad.”**

Por último, quiero precisar, que mi exposición atiende a un criterio jurídico, más que político, es decir, que desde el punto de vista de la lógica formal, las elecciones que el gobierno pretende realizar el 22 de abril no son propiamente elecciones democráticas sino un acto de reelección de Maduro. Sin dejar de reconocer, por otro lado, que ciertamente la convocatoria a elecciones por la Asamblea Constituyente madurista obedece, en realidad, a la presión de la opinión pública internacional y no a una vocación democrática. Y, por otro lado, que si bien, más del 70%, según encuestas serias, están en contra de Maduro, sin embargo, un gran porcentaje piensa abstenerse. Todo lo cual, evidentemente, es un tema político, como lo es también el que se participe o no se participe. Así como el que se participe pero con el voto nulo o blanco. Además, es una verdad histórica que una u otra alternativa requiere de la organización y estructura necesarias para su efectividad y de un consenso. Es decir, de una gran coalición o plataforma de la sociedad civil y de los partidos democráticos para exigir elecciones libres o para no participar si no se dan garantías de estas elecciones. Aspectos que han de responder a evaluaciones o consideraciones políticas y reales no estrictamente jurídicas y mucho menos especulativas.

**REFLEXIONES SOBRE LOS CICLOS POLÍTICOS
EN LA HISTORIA DE VENEZUELA
Y LA "APOPTOSIS" DE UN RÉGIMEN,
QUE "TIENE SUS DÍAS CONTADOS".
DR. ALLAN BREWER-CARÍAS,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

La convocatoria de la elección presidencial para el próximo mes de abril de 2018 que ha hecho por la Asamblea Nacional Constituyente es, sin duda, una confirmación más de que Venezuela es un país que simplemente carece de Constitución¹, conducido por un gobierno asambleario y tumultuario que actúa sin reglas preestablecidas, a través de una montonera agrupada bajo esa denominación de Asamblea Nacional Constituyente.

Esa Asamblea, en mi criterio, viene a ser la última manifestación del régimen político de destrucción institucional, económica, social y cultural del país que caracteriza al que se instaló desde 1999, y que pasó progresivamente de ser un régimen autoritario al régimen totalitario de la actualidad².

Ese régimen, sin embargo, ya no goza de buena salud, y desde hace ya unos lustros viene entrando en un estado de “apoptosis,” término que si bien se utiliza en el campo de la biología, se puede aplicar a las instituciones, y que consiste en la muerte o suicidio programado de las células o componentes de un cuerpo; es decir, el método que el cuerpo usa para deshacerse de las células innecesarias o anormales³, pero que cuando todas ya son de esta naturaleza, conduce a su autodestrucción.

¹ Véase por ejemplo, Jesús María Alvarado Andrade, “Sobre la destrucción del “Estado de derecho” (Rule of Law) y la democracia en Venezuela (Reflexiones sobre una obra de Allan R. Brewer-Carías),” en Revista de Derecho Público, N° 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 49- 69.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 532 pp.; segunda edición, Caracas 2015, 542 pp.

³ Su descubrimiento se atribuye a la neuróloga Rita Levi-Montalcini, Premio Nobel de Medicina, 2005. Véase sobre la apoptosis, la información. Véase en <https://biotecnologiaem.wordpress.com/2013/03/29/apoptosis-muerte-celular-programada/>

Ese fenómeno en relación con el Estado, fue el que detectó el siglo pasado el conocido profesor Maurice Duverger, al identificar al Estado con aquél animal mitológico, llamado el catoblepas, una legendaria criatura de Etiopía de la cual dio cuenta Plinio el Viejo hace dos mil años, y que según indicó Duverger, era un animal “tan estúpido que se comía sus propios miembros sin siquiera darse cuenta.”⁴

Y en eso ha estado últimamente el régimen que gobierna al país desde 1999, destruyéndose a sí mismo, en todos sus componentes, siendo los últimos signos de ese proceso de “apoptosis,” entre otros los siguientes siete, entre muchos otros: primero, el mencionado desdibujamiento del propio gobierno del Estado, en su totalidad, al convocarse e instalarse el referido gobierno asambleario y tumultuario a partir de agosto de 2017, a cargo de una Asamblea Nacional Constituyente fraudulenta e inconstitucional que actúa sin reglas ni Constitución; segundo, la transformación del régimen político del Estado en un gobierno militar, sujeto además a directrices de un gobierno extranjero, para el cual no existe el imperio de la ley ni de la Constitución, habiendo invadido las estructuras de la Administración del Estado y todos los espacios sociales, apoderándose incluso de los medios de comunicación; tercero, el desconocimiento total de las bases de la democracia y de la separación de poderes, con el sometimiento de todos los poderes del Estado al Ejecutivo y la inhabilitación de la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015 por parte de un Tribunal Supremo de Justicia totalmente sometido al poder, lo que de por sí ya imposibilita la realización de elecciones libres y transparentes; cuarto, la consideración de la disidencia y de la oposición política como enemigos internos por parte del aparato del Estado; que persigue y se discrimina política y administrativamente, y no sólo con la fuerza policial, que ha sido militarizada, sino con cuerpos paramilitares y delincuenciales insertos en el Estado, y además mediante una policía política que acusa y encarcela como si

⁴ Véase Maurice Duverger, *Las dos caras de Occidente*, Barcelona 1972, pp. 278–279. El catoblepas (del griego “mirar hacia abajo”) que identificó Plinio el Viejo en su *Historia Natural*, 8, 77, era una criatura con cuerpo de búfalo y cabeza de cerdo, pesada, que miraba siempre hacia abajo. Se decía que su mirada o su respiración eran letales, y que podían convertir a la gente en piedra o matarlas. Véase en <http://es.mitologia.wikia.com/wiki/Catoblepas>

fuera un juez; quinto, la desproporcionada represión, persecución e inaceptable masacre que comenzó masivamente contra los jóvenes y estudiantes por las manifestaciones de protesta contra el gobierno sucedidas en Caracas en julio de 2017, y que ha continuado contra opositores y disidentes, y lo más grave, con la resurrección de los horribles episodios de otras épocas, de torturas y desapariciones forzadas, y de la abyecta e injustificada ejecución sin fórmula de juicio de un antiguo miembro de su propia policía judicial, y sus acompañantes, quien osó rebelarse contra el régimen; sexto, la configuración de un descomunal totalitarismo en materia económica, montado sobre un ineficiente capitalismo de Estado, producto de la destrucción total del aparato productivo del país mediante expropiaciones que han resultado en estruendosos fracasos improductivos, llevando al país al colapso total en materia de servicios sociales y de infraestructura y a la expansión de la corrupción a niveles nunca antes vistos como lo muestran las propias denuncias de última hora formuladas desde dentro del propio régimen; y séptimo, incluso, la persecución que ha sido desatada dentro del propio régimen contra antiguos miembros de su nomenclatura, como ha sido el caso contra la exFiscal General de la República, precisamente la encargada desde 2005, de llevar a cabo toda la persecución política contra la oposición democrática; el caso contra el exEmbajador y exPresidente de la empresa petrolera nacional, y principal responsable, como tal y como Ministro de Energía desde 2002, no solo de la destrucción inmisericorde de la industria petrolera nacional, cuya producción ha bajado insólitamente, sino del criminal endeudamiento extremo del país que ha llevado a Venezuela a la quiebra en el marco global; así como los casos contra él mismo ex-funcionario y sus principales colaboradores, con cargos de corrupción por montos nunca vistos en la historia de ningún país, salvo quizás, recientemente, lo que se ha publicado sobre algunos príncipes del reino de Arabia Saudita.

Esta "apoptosis," en mi criterio, pone en evidencia que el régimen efectivamente está en proceso de extinción, al menos en la deformación que ha adquirido como consecuencia de su autodestrucción, lo que en mi criterio amerita tratar de situar en la historia lo que actualmente ocurre desde el punto de vista político constitucional, para tratar de entender el futuro.

Esta apoptosis política no se está produciendo por primera vez en el país en nuestra historia. Todos los regímenes políticos que hemos tenido en el pasado han llegado sucesivamente a su punto de extinción, tal como sucede ahora con el régimen actual, que como bien lo apreció hace unos días (en enero de 2018) el mismo exMinistro de Energía del régimen al cual sirvió durante 17 años (2000-2017), el régimen –dijo–, “tiene los días contados,”⁵ habiendo sido además, globalmente –en sus propias palabras–, “un estruendoso fracaso,”⁶ lleno de “iniciativas fallidas e improvisadas, con la subsecuente ineficacia o incapacidad del gobierno en la gestión de soluciones a los problemas del pueblo.”⁷ Todas estas expresiones del ex- Ministro, si bien las utilizó para referirse al actual gobierno de Nicolás Maduro, al cual sirvió como Ministro de Energía, como Canciller y como Embajador, para tratar de deslindarlo del gobierno de Hugo Chávez, a nadie pueden engañar, pues se aplican a todo el régimen al cual sirvió desde 2000, habiendo sido él, precisamente, uno de los principales responsables de su desfiguración, que es por lo que precisamente “está pagando caro todo el país,” como ahora él mismo lo “descubrió.”⁸

La historia de Venezuela, en efecto, nos muestra que este tipo de colapso recurrente de sus regímenes políticos luego de períodos de crisis que siempre se han prolongado por casi una generación, han marcado el paso de un ciclo político a otro, de los cuatro que hemos tenido

⁵ Véase Rafael Ramírez, “El error fundamental,” en [aporrea.org](https://www.aporrea.org), 21 de enero de 2018, en <https://www.aporrea.org/actualidad/a258154.html>. Otro ex Ministro del gobierno, Felipe Pérez Martí, de Planificación, al referirse a la arbitraria detención del Dr. Enrique Aristeguieta Gramko expresó en el mismo sentido lo siguiente: “Detener a un anciano de la edad de Enrique Aristeguieta Gramko, como dijo un amigo, muestra que este gobierno está a punto de caer. [...] Así que esta acción de ustedes, a través de sus generales y personal cubano aquí, agentes de la dominación militar y económica de una potencia extranjera en nuestro país, muestra que también están cometiendo errores crasos, que van a contribuir a la caída de Maduro.” Véase en Felipe Pérez Martí, “Raúl: ya basta, esto no es Cuba,” en [aporrea.org](https://www.aporrea.org), 2 de febrero de 2018, en <https://www.aporrea.org/oposicion/a258799.html>

⁶ Véase Rafael Ramírez, “El error fundamental,” en [aporrea.org](https://www.aporrea.org), 21 de enero de 2018, en <https://www.aporrea.org/actualidad/a258154.html>

⁷ Véase Rafael Ramírez, “Carta abierta al pueblo de Venezuela,” en La Patilla, 28 de enero de 2018, en <https://www.lapatilla.com/site/2018/01/28/carta-abierta-al-pueblo-de-venezuela-por-rafael-ramirez/>

⁸ Véase Rafael Ramírez, “El error fundamental,” en [aporrea.org](https://www.aporrea.org), 21 de enero de 2018, en <https://www.aporrea.org/actualidad/a258154.html>

en toda la historia republicana: primero, el del Estado independiente semi-federal que va desde 1811 hasta 1863 (52 años); segundo, el del Estado federal que va desde 1863 hasta 1901 (38 años); tercero, el del Estado autocrático centralizado que va desde 1901 hasta 1961 (60 años); y cuarto, el del Estado democrático centralizado que va desde 1961 hasta el presente (57 años).⁹

Y hay que precisar desde ya, para que no haya duda, que a pesar de toda la propaganda oficial, en Venezuela, históricamente, con la Constitución de 1999 no se inició realmente ningún nuevo ciclo político constitucional, sino que la misma y los gobiernos subsecuentes que se instalaron en el poder del Estado lo que montaron fue un sistema político para precisamente desmontar el del Estado democrático centralizado de partidos,¹⁰ que ahora está en proceso definitivo de extinción. En esa forma, dicho sistema político solo han sido un acaecimiento más, parte de la crisis política del ciclo político de dicho Estado democrático de partidos centralizado iniciado en 1961, en el cual se concentraron, desarrollaron y exacerbaron todos los vicios que se denunciaban en los años noventa del siglo pasado.

A esos cuatro períodos republicanos antes identificados que se iniciaron en 1811 solo podemos agregar además, el período histórico que antecedió al Estado republicano, el del régimen colonial de la Capitanía General de Venezuela que se inició en 1777 y terminó definitivamente en 1821 (44 años).

⁹ Sobre la identificación de estos cuatro ciclos políticos véase lo que expusimos “Venezuela Historia y crisis política” en *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, N° 3, Caracas, Abril 2002, pp. 217-244; en *Informe sobre la descentralización en Venezuela 1993*, Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización (junio 1993 – febrero 1994), Caracas 1994, pp. 17 ss.; y luego en nuestras obras: *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Evolución histórica del Estado, Caracas 1996; *Instituciones del Estado Democrático de Derecho. Constitución 1961*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015

¹⁰ Véase sobre el proceso de desmantelamiento del sistema de Estado democrático centralizado, iniciado en 1999, los trabajos publicados en el libro: Diego Bautista Urbaneja (Coordinador), *Desarmando el modelo. La transformación del sistema político venezolano desde 1999*, Instituto de Estudios parlamentarios Fermín Toro, Ediciones Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2017.

Cada uno de esos períodos históricos ha tenido una duración de alrededor de medio siglo, es decir, casi dos generaciones; y entre uno y otro ciclo, invariablemente ha habido un proceso de transición que ha sido de crisis política severa, que ha tenido una duración de casi una generación. Exactamente, como si hubiera sido predeterminado históricamente, esos períodos de crisis han sido de 26 años entre el inicio de la crisis en cada ciclo y el logro de estabilidad en el ciclo subsiguiente.

Incluso ello ocurrió en el antecedente mencionado con la crisis del régimen colonial que se consolidó institucionalmente a partir de la creación de la Capitanía General de Venezuela en 1777. La crisis de ese régimen comenzó efectivamente casi 20 años después, en 1795 con la conspiración de San Blas de Madrid de 1795, que inspiró dos años después, en 1797, la conspiración de Gual y España en La Guaira, concluyendo el período de crisis en 1821, luego del fin de las guerras de independencia de Venezuela con la batalla de Carabobo, con la adopción de la Constitución de la República de Colombia de ese mismo año. Con ésta, y con Simón Bolívar a la cabeza, se logró una cierta estabilidad del régimen del Estado independiente que se había constituido después de la declaración de independencia en 1811. El tiempo de crisis y transición de un período a otro, en este caso duró 26 años (1795-1821), y fueron necesarias una guerra de por medio, las de independencia, incluso de carácter social, para que la transición pudiera ocurrir.

En cuanto al primer período republicano del Estado independiente semi federal establecido a partir de 1811, y restablecido en 1830, y que duró hasta 1863 cuando fue sustituido por el ciclo del Estado federal, la crisis política del mismo puede decirse que se inició en 1848 en el llamado día del fusilamiento del Congreso, y que luego de las guerras federales de 1859 a 1863, concluyó en 1874 con el logro de cierta estabilidad del período subsiguiente, el del Estado federal, con Antonio Guzmán Blanco a la cabeza. El tiempo de crisis y transición de un período a otro igualmente fue de 26 años (1848-1874), y también fueron necesarias unas guerras de por medio entre los dos bandos políticos e, incluso, también de carácter social, las guerras federales, para que la transición pudiera ocurrir.

Igualmente sucedió en el caso de la crisis política del período del Estado federal establecido a partir de 1863, que duró hasta 1901 cuando

fue sustituido por el del Estado centralizado y autocrático. Esa crisis puede decirse que se inició con el vacío de poder que creó el mismo Guzmán Blanco cuando abandonó el país en 1888, y que luego de la Revolución Liberal Restauradora de 1899, concluyó en 1914 con el logro de cierta estabilidad del régimen del Estado centralizado y autocrático subsiguiente, con Juan Vicente Gómez a la cabeza. El tiempo de crisis y transición de un período a otro también duró 26 años (1888-1914), y fueron también necesarias unas guerras revolucionaria entre caudillos de por medio, para que la transición pudiera ocurrir.

E igualmente puede decirse que ocurrió en el caso de la crisis del Estado autocrático centralizado establecido a partir de 1901, y que duró hasta 1961 cuando fue sustituido por el del Estado democrático centralizado. La crisis del mismo, también se inició con el vacío de poder que se produjo con el fallecimiento de Juan Vicente Gómez en 1935, y que luego de la Revolución de Octubre de 1945 y de la dictadura militar de Marcos Pérez Jiménez, concluyó en 1961, con el logro de cierta estabilidad del régimen democrático, con Rómulo Betancourt a la cabeza. En este caso, el período de crisis y transición de un período a otro también duró 26 años (1935-1961), y fueron necesarios varios golpes militares y a una dictadura militar de por medio para que la transición pudiera ocurrir.

Ese régimen del Estado democrático centralizado establecido a partir de 1958, y consolidado por la decisión de los partidos políticos a partir de la Constitución de 1961 al comprometerse a fortalecer y defender la democracia (que es el período que el cual hemos vivido), que es el cuarto ciclo político republicano, también entró en crisis política severa, igualmente de carácter terminal tal y como las que se han producido en los ciclos históricos anteriores. Esto, incluso, lo siente todo el país, pero no como historia contada sino como historia vivida.

El detonante de esta crisis del Estado centralizado democrático de partidos de la cual todos somos testigos, se puede fijar, no en el Caracazo de 1989 como muchos piensan, ni en los intentos de golpes de Estado militares de 1992 liderados por Hugo Chávez, sino en realidad en el año siguiente, en 1993, cuando los conductores de los partidos políticos que fueron los responsables de la instauración el régimen democrático, decidieron suicidarse y suicidarlos, uno de los partidos destituyendo y

enjuiciando a su propio líder, en el otro caso, el principal líder barriendo a su propio partido; y a partir de allí, los líderes y sus partidos, al no reinventarse ni proceder a aliarse y a pactar para defender y reestructurar la democracia, no quisieron entender las amenazas reales que ya se habían formulado para su destrucción. Con esa actitud generaron igualmente un vacío total de poder que permitió que el primer aprendiz de brujo que pasara por la plaza del pueblo pudiera asaltar el poder, como sucedió al hacerlo junto con los mismos militares que habían fracasado unos años antes en su intentona de asalto al poder por la fuerza militar.¹¹

Esa crisis política de la cual insisto todos hoy somos testigos, desarrollada desde 1993 y no en los últimos años, pero que ha seguido hasta el presente (2018), ya lleva 25 años de duración, agravándose, en este caso, con la guerra institucional, económica y social que quienes asaltaron el poder con la Asamblea Constituyente de 1999 declararon contra toda la población, para asegurar su sumisión, y con el único propósito de perpetuarse en el poder, pues como lo reconoció el mismo ex alto funcionario del gobierno antes mencionado, quien lo sirvió entre 2000 y 2017, el gobierno mismo – dijo –, ahora “se ha convertido en una plataforma [solo] para el ejercicio del poder.”¹²

En este panorama histórico que he descrito muy brevemente, si nos atenemos al estándar de duración de 26 años de crisis y transición política que ha habido entre los grandes ciclos históricos (1797-1821; 1848-1874; 1888-1914; 1935-1961), podríamos decir que la crisis que actualmente vivimos del último ciclo, del Estado democrático centralizado iniciado en 1961 ya está a punto de terminar, y también con una guerra de por medio, la que el Estado ha declarado contra la sociedad.

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, Palabras de clausura del II Diálogo Presidencial sobre “¿Hacia la reinención de los partidos políticos?” y presentación de los libros publicados por IDEA: El referendo revocatorio presidencial en Venezuela y el abuso de poder y La crisis de la democracia en Venezuela, la OEA y la Carta Democrática Interamericana: Documentos de Luis Almagro,” Iniciativa Democrática España y las Américas IDEA, Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Miami Dade College, Miami 25 de octubre de 2017, en: <http://allanbrewer-carías.net/site/wp-content/uploads/2017/10/1202.-conf.-Brewer-Palabras-de-clausura-IDEA-Miami-1.pdf> y en: <https://www.youtube.com/watch?v=5z6AYKw1gsk>

¹² Véase Rafael Ramírez, “El error fundamental,” en [aporrea.org](http://www.aporrea.org), 21 de enero de 2018, en <https://www.aporrea.org/actualidad/a258154.html>

Y ciertamente, después de 25 años, ya no da más el deterioro, ya no hay casi más nada que destruir en el país, habiéndose la crisis tragado ya a una generación.

La diferencia con los anteriores períodos de crisis política en fase terminal, sin embargo, es que en este caso aún no aparece clara la alternativa frente a la deformación del ciclo histórico del Estado democrático centralizado de partidos, luego de su destrucción, que aún está por formularse constitucionalmente. Lo que hoy tenemos después de 25 años desde su inicio, insisto, es solo una Constitución que no se aplica, y la total destrucción del Estado y de la sociedad, y de sus instituciones político constitucionales; siendo la alternativa para la transición el restablecimiento de la vigencia plena de la Constitución que nunca la tuvo.

Pero ahora, sin embargo, lo único que se percibe hacia el futuro en medio de esta crisis política, que no concluye, provocada por un gobierno que ha destruido y deteriorado todo en el país es, por una parte, un clamor del país y de la oposición por el restablecimiento y perfeccionamiento de la democracia, que fue el mismo grito que quedó frustrado en 1998; y por la otra, un régimen cuyo único objetivo político es asegurar su permanencia en el poder, lo cual por lo demás, se ha anunciado en forma pública, no recientemente, sino desde cuando el propio Presidente Chávez, amenazare en 2008, que “Lo que tenemos que garantizar es que si a Hugo Chávez le toca entregar el gobierno el 10 de enero de 2013 no sea a un contrarrevolucionario porque vendría la guerra aquí.”¹³ Aserto que ha sido ratificado una y otra vez con frases y tonos similares, por diversos y variados líderes gubernamentales ofreciéndole incluso a los venezolanos reducir a cenizas al país antes de entregar el poder.¹⁴

En Venezuela, por tanto, en estos momentos de crisis terminal se plantean dos opciones: por una parte, la del gobierno, que lo único que

¹³ Véase en El Universal, Caracas 27 de enero de 2008

¹⁴ Iris Valera, Ministra del régimen y miembro de la Asamblea Nacional Constituyente dijo en agosto de 2017: “Así dejemos a Venezuela en cenizas, no nos iremos del poder”, y además agregó que todo aquel que venga a querer sacarlos del poder será fusilado.” Ver video en arepadiario, 26 de enero de 2018, en <http://arepadiario.com/asi-dejemos-al-pais-en-cenizas-no-dejaremos-el-poder/>. Igualmente en <http://www.tostonconsoda.com.ve/asi-dejemos-al-pais-en-ruinas-no-dejaremos-el-poder/>

pretende hacia el futuro es perpetuarse en el poder y evitar a toda costa que quien quiera que sea de la oposición pueda volver a gobernar en el país, eliminando todo vestigio de democracia, pluralismo y alternabilidad; y por la otra, la de la gran mayoría del país, que lo que quiere es que la crisis desemboque en un proceso de reconstrucción y transición hacia la democracia.

Ante esta coyuntura, confrontándola con los hechos y ciclos históricos a los que antes me he referido, ciertamente podemos preguntarnos si la historia realmente se repite. Recordemos la famosa frase de Karl Marx al iniciare su estudio sobre "El 18 Brumario de Luis Bonaparte," publicado inicialmente en la Revista Die Revolution, Nueva York, 1852. Allí expresó:

"Hegel dice en alguna parte que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal aparecen, como si dijéramos, dos veces. Pero se olvidó de agregar: una vez como tragedia y la otra como farsa."¹⁵

Si retenemos esto último, no hay duda en decir que nuestra historia política está llena de farsas, tragedias, zarzuelas, óperas y comedias que si las analizamos globalmente, encontramos en efecto que muchas veces se han repetido.

Ahora pensemos solo en la coincidencia de los tiempos de los períodos de crisis política entre cada ciclo de nuestra historia política que, como antes he resumido, han sido de 26 años. Y me pregunto: el hecho de que el último período de crisis que es el que actualmente vivimos, ya lleva 25 años, ¿quiere esto decir que entonces que falta poco para que éste concluya? Es evidente que no podemos caer en determinismos históricos, pero por si acaso, al igual que la salvedad que hacen quienes niegan la existencia de brujas, en este caso quizás también tendríamos que decir que "de que vuelan, vuelan."

En Venezuela, no hay duda de que la repetición de hechos históricos ha ocurrido en los grandes ciclos político constitucionales del país, cuyas respectivas crisis, en todos los casos, siempre han estado condicionadas, entre otros, por los mismos factores fundamentales del poder,

¹⁵ Véase Karl Marx, El 18 Brumario de Luis Bonaparte, consultado en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/panama/cela/tareas/tar122/04marx.pdf>

que hoy también están presentes: la lucha entre la civilidad y el militarismo; la lucha entre las fuerzas centrífugas y las fuerzas centrípetas del territorio en el dominio del poder; y la lucha entre la democracia y la autocracia; lo que en definitiva, como lo dijo Faustino Domingo Sarmiento, es la lucha de siempre en nuestros países, entre la civilización y la barbarie.¹⁶

Hoy, en la fase final de la crisis política del ciclo histórico del Estado democrático centralizado, puede decirse que estamos precisamente en el vértice de esos tres factores del poder, por una parte, con un gobierno militarista, centralista y autocrático, que maneja un Estado fallido y que lo único que ofrece y pretende es perpetuarse en el poder; y por la otra, con fuerzas opositoras que están apostando por una alternativa civilista, descentralizadora y democrática, que el gobierno anuncia que impedirá que se pueda materializar a toda costa.

Esa es nuestra trágica realidad actual, resultado de las farsas históricas precedentes, siendo importante para comprenderla a cabalidad, recordar, estudiar y analizar los períodos político constitucionales del pasado, para poder tratar de escudriñar el futuro, del cual todos, absolutamente todos estamos ahora más pendientes que nunca, particularmente por la agudeza que percibimos tiene la crisis política que padecemos; la cual por lo demás, es la única que han conocido las nuevas generaciones.

Éstas, en realidad, no han sabido qué significa tener una estabilidad institucional, y más bien, de lo que han sido es testigos ha sido de un gobierno que solo ha estado guiado por el resentimiento demoledor y por la técnica del desconcierto. Y todo ello agravado por la guerra económica y social declarada y conducida por el propio gobierno contra la población venezolana, para reducirla a mendigar y a la absoluta pobreza, particularmente cuando como ahora ocurre, una vez que ya ha sido destruido todo el aparato productivo del país por el propio Estado, ya no puede haber divisas para importar lo necesario para la sobrevivencia, pues las pocas que pueda generar la menguada exportación petrolera,

¹⁶ Véase Domingo Faustino Sarmiento, *Civilización o Barbarie*. Vida de Juan Facundo Quiroga (1845). Véase además, Asdrúbal Aguiar, *Civilización y Barbarie*, Editorial Jurídica Venezolana International, Miami 2018.

excluidos los barriles pre-pagados o que deben entregarse para pagar deudas a China, Rusia y Cuba, o para pagar deuda pública, no alcanzan para nada.

El problema, en definitiva, en Venezuela, ciertamente es el petróleo, cuyo mal manejo después de haberse hecho depender absolutamente todo el país de su exportación será, lo que en definitiva, por la hambruna, desencadenará el desenlace.

Y eso será lo que provocará más temprano que tarde el colapso del régimen, aunado al hecho político de que ahora, como antes dije, el país carece de Constitución, pues la de 1999 desde el inicio se tornó en un papel que no tiene aplicación; agradado todo más recientemente con el desmantelamiento total de la democracia a partir del desconocimiento oficial del resultado de las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015,¹⁷ lo que se hizo mediante una repugnante colusión fraguada entre el Ejecutivo, el Poder Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia, despojándose completamente a la Asamblea Nacional de todos sus poderes, y dejándola como una entelequia vacía.¹⁸

Para ello, el Tribunal Supremo de Justicia dando un golpe de Estado asumió el rol de verdugo principal de la democracia, usurpando directamente las funciones del Legislador; y cuando ya no hubo posibilidad de continuar con esa tragicomedia, se produjo un nuevo golpe de Estado con la convocatoria inconstitucional y fraudulenta de la Asamblea Constituyente en julio de 2017, asumiendo la misma el poder total en contra de lo previsto en la Constitución de 1999, suplantando ahora la otrora dictadura judicial que comandó el Tribunal Supremo, por una dictadura constituyente.

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos No. 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 354 pp.; segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015, 426 pp.

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela (Prólogo de Santiago Muñoz Machado)*, Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017, 608 pp.

Para ejercer ese poder absoluto, la Asamblea Constituyente se ha auto atribuido poderes soberanos y supra constitucionales que no puede tener, y ha llegado incluso a formalizar expresamente el golpe de Estado en sus decretos (en las “Normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos constituidos” de agosto de 2017), copiando la fórmula tradicional usada en otros golpes de Estado, como la que está en las actas de las Juntas de Gobierno de 1947 y 1958, al señalar que “la Constitución de 1999 solo seguirá en vigencia, en todo aquello en lo que la Asamblea Constituyente no disponga lo contrario.”¹⁹

Con ello, la Asamblea Nacional Constituyente simplemente borró la Constitución como norma suprema, pudiendo disponer lo que quiera, sin límites, siendo sus decisiones incontrolables por haber sometido a sus designios a todos los poderes del Estado, incluyendo al Tribunal Supremo de Justicia.

La historia, sin duda, puede decirse que con frecuencia se repite, pero aquí con el agravante de que de la farsa de entonces se ha pasado a la tragedia de ahora, pues lo que tenemos los venezolanos en estos últimos años de crisis terminal del período político de Estado democrático centralizado de partidos, que sin duda está próximo a acabar, no es otra cosa, como dije al inicio, sino un gobierno asambleario y tumultuario que actúa sin Constitución, conducido por un reducido grupo de asaltantes del poder, sin control alguno, configurándose como el reino de la arbitrariedad.

Por ello es que podemos decir que lo que actualmente vive Venezuela es una tragedia política; de manera que lo que en su momento pudo haber sido un gobierno de cambio para profundizar la democracia y que hubiera podido permitir iniciar con el propio Siglo XXI un nuevo ciclo histórico político de democracia descentralizada y participativa, como muchos creyeron que era lo que correspondía en 1998, desde

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La gran usurpación basada en una gran mentira: La fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente no puede pretender imponerse sobre los poderes constituidos y menos sobre la Asamblea Nacional,” (documento), agosto 2017, véase al Allan R. Brewer-Carías, *Usurpación Constituyente 1999, 2017, La historia se repite, una vez como farsa y otra como tragedia*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2018, pp. 491-505.

1999 no ha resultado otra cosa sino una deformación y caricatura de todos los vicios del ciclo iniciado en 1961, el cual, por tanto, puede considerarse que no ha concluido y continúa en crisis.

Por ello, en el cuadro de la historia ese será el mayor castigo que tendrá la tropa que asaltó el poder en 1999, que trastocó la democracia venezolana y que destruyó el país: el haberse constituido en la peor parte de los vicios del ciclo del Estado democrático centralizado, que no cambiaron, sino que acrecentaron, agregando a ello todos los problemas económicos y sociales que provocaron con su guerra contra los venezolanos, lo que ha afectado todo, incluso a la propia Administración del Estado. En toda nuestra historia es imposible encontrar, en efecto, mayor ineficiencia en el manejo de la Administración Pública como la que hoy padece el país, cuyos jefes, muchos de ellos militares, como "concejales hambrientos" según la vieja conseja castellana, llegaron al poder para saciarse en el marco de una corrupción nunca antes vista, y de una delincuencia organizada con repercusiones más allá de nuestras fronteras; marco en el cual no aparece el Contralor General de la República, dudándose incluso que realmente tal funcionario exista, habiéndose manifestado solo para inhabilitar opositores.

De todo lo anterior, en todo caso, lo que resulta cierto es que los signos definitivos de la autodestrucción del régimen o de su "apoptosis" no se han producido de la noche a la mañana, ni son manifestaciones del gobierno que se inició en 2013, sino que los mismos comenzaron a manifestarse desde hace lustros, durante todo el gobierno de Hugo Chávez, quien sin duda debe haber terminado sus días consciente de su fracaso; siendo ahora lo trágico de ello, como nos lo enseña la historia, que el fracaso de los dirigentes termina siendo el fracaso de la Nación entera.

Por todo ello, en la situación que tenemos en el país, más temprano que tarde se tendrá que recomenzar un nuevo ciclo de reconstrucción institucional como por los que Venezuela ha pasado en varias ocasiones en su historia, y que han caracterizado cada uno de los tiempos de crisis política que se han sucedido en el paso entre sus grandes ciclos político constitucionales, muchas veces, sin embargo, sin que la dirigencia haya aprendido las lecciones de la historia para corregir los errores hacia el futuro.

Pero queridos amigos, la historia es inexorable. Durante estos últimos 25 años de crisis que llevamos desde 1993, una generación ha desaparecido; hemos perdido. 20 años de evolución política y hemos retrocedido décadas; y eso tiene sus consecuencias ineludibles, estando ya el país en una situación en la que el cambio, que es inevitable, parece que ya está por producirse, y pronto; en el cual los militares que gobiernan no tienen otra alternativa que no sea la de terminar de incinerar todo, o la de abrirle paso a un gobierno civil zafándolo de las garras extranjeras.

Es decir, ahora sí, el país, o entrará en el período más oscuro y horrendo de su historia, o saldrá de la pesadilla política que lo aqueja tan severamente. La situación es tan grave que en este mismo estadio, ya no hay posibilidad de que todo continúe igual como va.

El futuro va con todo, pues ya no queda más nada por destruir. Todo está demolido, de manera que con cara en el futuro, ya no hay casi nada que conservar, y lo que habrá que hacer es reconstruir. La democracia misma simplemente ya desapareció, y sin democracia, con un gobierno asambleario dictatorial y totalitario conducido por una Asamblea Constituyente con pretensiones de ser todopoderosa, con poderes ilimitados y sin control ni Constitución, y con posibilidades de funcionamiento sine die, no puede haber ejercicio democrático alguno pues no hay posibilidad de garantizar elecciones libres.

Ello nos conduce a que no hay otra alternativa inmediata para los que creen en la democracia que no sea sino la de acordar y pactar entre las fuerzas democráticas para formar un frente común sólido, de manera que una nueva generación pueda irrumpir y asumir el liderazgo para el cambio que el país requiere. El futuro, en todo caso, si no queremos entrar en la oscuridad definitiva, exige afinar la imaginación creadora que tiene que ser desplegada, pues lo que no podemos hacer ahora, es no hacer nada

Los partidos políticos, con vista a luchar por el restablecimiento de la democracia, solo pueden actuar con base en pactos y acuerdos políticos. Sin éstos no habrá posibilidad de alternativa contra el acaparamiento del poder y la política definida de no permitir la alternabilidad, como lo anunció el propio presidente Chávez en 2008 al sentenciar que

quienes antes de 1999 habían gobernado el país, “más nunca volverán a gobernar a Venezuela.”²⁰ En realidad, en cuanto a las personas, el tiempo se ha encargado de ejecutar esa “orden,” ya que aquellos líderes que otrora gobernaron ya están muy viejos; pero en cuanto a las organizaciones políticas y el nuevo liderazgo, hasta ahora, han sido el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia, cabeza de la dictadura judicial, los que se han encargado de ejecutar la “orden,” solicitando, inhabilitando y eliminando los posibles contendores políticos.²¹

Y precisamente, en esta situación es que ahora la inconstitucional y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente ha decidido ordenar la convocatoria de la elección presidencial para el próximo mes de abril de 2018²²; convocatoria que es totalmente descabellada y violatoria de la Constitución, además, inoportuna por anticipada, estando por supuesto viciada incluso en su motivación. Los motivos que se plasmaron en el texto de la convocatoria, fueron, primero, el hecho de que “los Estados Unidos de América y la Unión Europea han impuesto ilegítimas e ilícitas sanciones coercitivas y unilaterales” a funcionarios del régimen por violación de derechos humanos, lo que nada tiene que ver con que se adelante o no la elección presidencial; y segundo, que “la oposición venezolana se retiró de la mesa de diálogo alegando excusas fútiles,” – afirmación hecha incluso anticipadamente a lo que en efecto ocurrió después – pero que sin embargo nada explica sobre por qué, en una supuesta “retaliación,” se haya procedido a adelantar la elección presidencial.

Por supuesto, ninguna de esas dos “motivaciones” justifica una decisión política como la convocatoria anticipada de la elección presidencial, la cual por lo demás, ha sido repudiada en toda forma, por todas las instituciones no gubernamentales del país, como lo han expresado por ejemplo esta Academia, los profesores de derecho público de las

²⁰ Véase en El Universal, Caracas, 21 de enero de 2007.

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017, 608 pp.

²² Véase Gaceta Oficial N° 41.327 de 24 de enero de 2018; y Gaceta Oficial N° 6361 Extra. de 23 de enero de 2018.

Universidades y la Conferencia Episcopal de Venezuela; y además, como también se ha expresado en el ámbito internacional, bastando solo mencionar lo manifestado por ejemplo por los Cancilleres de los gobiernos de los países del Grupo de Lima a finales de enero de 2018, señalando que dichas elecciones, nunca podrán ser “democráticas, transparentes y creíbles,” exigiendo que “sean convocadas con una adecuada anticipación, con la participación de todos los actores políticos venezolanos y con todas las garantías que corresponda, incluida la participación de observadores internacionales independientes.”²³ Más recientemente, los mismos Cancilleres del Grupo de Lima, después de respaldar la decisión del Perú de declarar, por la alteración del orden democrático ocurrido en Venezuela, que la presencia del Presidente Nicolás Maduro “ya no será bienvenida” en la Octava Cumbre de las Américas a celebrarse en Lima en abril de 2018²⁴, el 13 de febrero de 2018 expresaron mediante Declaración:

“1) Su más firme rechazo a dicha decisión, que imposibilita la realización de elecciones presidenciales democráticas, transparentes y creíbles, con la participación de todos los actores políticos venezolanos, con observación y estándares internacionales, y reiteran que unas elecciones que no cumplan con esas condiciones carecerán de toda legitimidad y credibilidad.

Exhortan al Gobierno de Venezuela a que reconsidere la convocatoria de las elecciones presidenciales de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior y, apegándose a su propia normatividad, presente un nuevo calendario electoral.

Subrayan que no puede haber elecciones libres y justas con presos políticos, sin la plena participación de los partidos políticos y líderes detenidos o inhabilitados arbitrariamente, con una autoridad electoral bajo el control del Gobierno, sin la participación de millones de venezolanos en el extranjero imposibilitados de votar, convocada

²³ Véase la información en NTN24, 23 de enero de 2018, en <http://www.ntn24america.com/noticia/grupo-de-lima-rechaza-adelanto-de-elecciones-en-venezuela-por-considerar-que-no-seran-transparentes-163435>.

²⁴ Véase la declaración de la Canciller del Perú, Cayetana Aljovín, 13 de febrero de 2018 en <http://cnnespanol.cnn.com/video/cumbre-americas-grupo-lima-rescinde-invitation-maduro-sot-canciller-aljovin-vo-panorama/>

originalmente por la asamblea constituyente, órgano carente de legitimidad y legalidad, cuya existencia y decisiones no reconocemos.”²⁵

Igualmente recientemente, incluso, el Parlamento de la Unión Europea ha rechazado “cualquier decisión adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente por constituir una violación de todas las reglas y normas democráticas,” y ha expresado que “la Unión [Europea] y sus instituciones, incluido el Parlamento Europeo, únicamente reconocerán unas elecciones que estén basadas en un calendario electoral viable y acordadas en el contexto del diálogo nacional con el conjunto de los actores pertinentes y partidos políticos en las que se cumplan unas condiciones de participación equitativas, justas y transparentes.”²⁶

Ante esta situación, lo único cierto es que el dilema que se le puede plantear a los venezolanos entre participar o no en el proceso electoral, es que de antemano ya se sabe que dicho proceso va a estar viciado y su resultado va a ser un fraude. Lo que se resuelva, por tanto, ante ello, tiene que ser el resultado de una acción política unitaria adoptada por el liderazgo político del país representado en todos los partidos y grupos políticos de la oposición, y en todo caso, con el objeto principal de seguir desenmascarando aún más el fraude que se pretende cometer, y además, boicotear activamente el que se cometa²⁷.

Y la decisión unitaria tiene que adoptarse teniendo siempre en cuenta que una de las variables impuestas por la usurpación constituyente, que es que la Asamblea Nacional Constituyente se auto-fijó un

²⁵ Véase el texto en http://www.rree.gob.pe/SitePages/declaracion_conjunta.aspx?id=DC-002-18. Véase un resumen en la reseña “Los 10 puntos claves de las declaraciones del Grupo de Lima,” en El Nacional, 14 de febrero de 2018, en http://www.el-nacional.com/noticias/latinoamerica/los-puntos-claves-las-declaraciones-del-grupo-lima_223033

²⁶ Véase Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 2018, sobre la situación en Venezuela (2018/2559(RSP)); en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=Motion&reference=B8-2018-0087&format=XML&language=EN>

²⁷ Como lo apreció José Ignacio Hernández, después de analizar las opciones: “la participación en las elecciones debe ser valorada no en función de la probabilidad de que se admita la libre expresión ciudadana, sino en función de la probabilidad de que esas elecciones, y el fraude que las rodea, puedan propiciar un cambio político y constitucional. Bajo esta perspectiva, participar en las elecciones presidenciales podría ser una condición necesaria –pero no suficiente– para promover un cambio constitucional y político en Venezuela.” Véase José Ignacio Hernández, “Sobre las elecciones presidenciales ordenadas por la “ANC”, en Prodavinci, 23 de enero de 2018, en <http://prodavinci.com/sobre-las-elecciones-presidenciales-ordenadas-por-la-anc/>.

plazo de funcionamiento hasta agosto de 2019 (el cual podría prorrogar ad libitum), lo que implica que un presidente que se elija en 2018, para tomar posesión del cargo, deberá juramentarse ante la misma, reconocer su supremacía y someterse a sus designios.

Y ello, sin olvidar que en el ínterin, la Asamblea Constituyente podría simplemente cambiar la estructura del Estado, desdibujar la separación de poderes, eliminar la figura de un Presidente como Jefe del Ejecutivo electo en forma directa por el pueblo y consolidar un gobierno de Asamblea, con un Presidente que supuestamente sea electo por las organizaciones del Poder Popular, designado en forma indirecta por los agregados de los Consejos Comunales. De todo lo cual, la elección presidencial convocada, solo sería una burla más al país, que es lo más probable, como en definitiva y lamentablemente fue la elección parlamentaria de 2015.

Por ello, como conclusión, a comienzos de enero pasado (de 2018) expresé que en la situación actual, en definitiva:

“No hay que hacerse ilusiones y menos hacer que el pueblo se las haga. En Venezuela no podrá haber elecciones libres mientras exista una Asamblea Nacional Constituyente que se ha auto-atribuido poderes supra constitucionales y absolutos, usurpándose los al pueblo, y que exige que los electos se rindan ante ella.”²⁸

Espero que estas reflexiones, aún con todos los inconvenientes que resultan de haberlas formulados desde lejos, puedan haber sido del interés de todos, agradeciendo una vez más la Academia, y particularmente al Dr. Rafael Badell, por la invitación que me formularon para participar.

²⁸ Véase en: Twitter: @arbrewercarias, 9 de enero de 2018.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO A ELECCIONES PRESIDENCIALES POR PARTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. DR. RAFAEL BADELL MADRID*, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.

SUMARIO

1. Presentación. 2. Ilegitimidad e inconstitucionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente. 2.1. Ilegitimidad e inconstitucionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente por su origen. 2.2. Ilegitimidad e inconstitucionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente por su desempeño. 3. De la inconstitucional convocatoria al proceso electoral para la elección de la Presidencia de la República. 3.1. Inconstitucionalidad por usurpación de competencias del Poder Electoral. 3.2. Inconstitucionalidad por violación del período presidencial constitucional. 3.3. Inconstitucionalidad por violación de los principios constitucionales de los procesos electorales. 3.3.1. Punto previo: del proceso electoral. 3.3.2. Inconstitucionalidad Por violación del principio constitucional de imparcialidad en los procesos electorales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

* Doctor en Derecho. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (pregrado, postgrado y doctorado). Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford durante el año académico 1998-1999. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford durante el año académico 2006-2007. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau 1986. Foreign Legal Consultant, admitido por el Florida State Bar.

1. PRESENTACIÓN

En fecha 23 de enero de 2018, fue dictado por la Asamblea Nacional Constituyente el “Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela”¹, mediante el cual convocó para el primer cuatrimestre del año 2018 el proceso electoral para la escogencia de la Presidencia de la República e instó a la Presidenta del Consejo Nacional Electoral, para que realice lo conducente a los efectos de ese “Decreto Constituyente”.

El Decreto Constituyente señala como fundamento jurídico los artículos 347, 348 y 349 de la Constitución, así como las “Normas para Garantizar el Pleno Funcionamiento Institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en Armonía con los Poderes Públicos Constituidos”².

El Decreto Constituyente establece como fundamentos de dicha convocatoria además, la realización de los “valores supremos de la República de paz, libertad, igualdad, soberanía, solidaridad, bien común, integridad y preeminencia de los derechos humanos”; la subordinación de los órganos del Poder Público a la Asamblea Nacional Constituyente “como expresión del poder originario y fundacional del Pueblo venezolano”; y la facultad de esa Asamblea Nacional Constituyente “para adoptar medidas sobre las competencias, funcionamiento y organización de los órganos del Poder Público”, todo ello con el objeto de “alcanzar los altos fines del Estado y los valores de paz, soberanía y preeminencia de los derechos humanos, sin menoscabo del cumplimiento de las funciones consustanciales a cada rama del Poder Público”.

¹ Gaceta Oficial N° 6.361 Extraordinario de fecha 23 de enero de 2018.

² Gaceta Oficial N° 6.323 extraordinario de fecha 08 de agosto de 2017.

También, el Decreto Constituyente tiene en consideración para la convocatoria del proceso electoral para la escogencia de la Presidencia de la República, “la consolidación de procesos democráticos que permiten dirimir las diferencias políticas mediante métodos democráticos y respetuosos de participación protagónica, particularmente a través de las elecciones” para alcanzar la paz, la convivencia y la tranquilidad pública que “ha permitido afianzar” “la elección de la Asamblea Nacional Constituyente y los demás procesos electorales realizados desde su instalación”.

Por último, señala el Decreto Constituyente entre sus considerandos las sanciones que los Estados Unidos de América y la Unión Europea han impuesto “con miras a procurar un cambio de gobierno y modelo de desarrollo en Venezuela”; la “campaña sistemática de odio contra el Pueblo venezolano” de los “poderes imperiales y poderes fácticos al margen de la ley internacional” “mediante agresiones a su economía, linchamientos mediáticos contra la venezolanidad y guerras psicológicas para medrar la identidad nacional y generar zozobra”; y, el boicot de los mecanismos democráticos, constitucionales y electorales para dirimir las divergencias político-ideológicas, hecho por la oposición venezolana “atendiendo un guión de factura imperial para justificar y facilitar la intervención extranjera”.

Desde ya conviene advertir, y es ese el propósito de estas páginas, que el Decreto Constituyente, antes identificado, es inconstitucional por cuanto fue dictado por la Asamblea Nacional Constituyente que esta desprovista de toda legitimidad al no haber sido convocada por el pueblo soberano, único depositario del poder constituyente originario (artículos 5 y 347 de la Constitución); así también es inconstitucional porque excede los límites constitucionalmente determinados para el ejercicio de las competencias de la Asamblea Nacional Constituyente (artículo 347) y, además, por usurpar las funciones propias y exclusivas del Poder Electoral (artículo 293), violar el período presidencial constitucionalmente establecido (artículos 230 y 231) y contrariar los principios constitucionales de los procesos electorales, así como el principio de independencia de los órganos del Poder Electoral (artículos 293 y 294, respectivamente).

2. ILEGITIMIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

La Asamblea Nacional Constituyente es concebida como un órgano del estado y como tal está sujeta a la vigente Constitución en todo cuanto se refiere a su convocatoria y a sus potestades. Ahora bien, la “Asamblea Nacional Constituyente” instalada el 04 de agosto de 2017, está desprovista de toda legitimidad para realizar cualquier acto que produzca efectos jurídicos en el ordenamiento venezolano, desde que es inconstitucional tanto en su origen, forma de convocatoria y elección de sus miembros, como en su desempeño, en el cual ha contrariado y violado sistemáticamente la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico venezolano.

2.1. Ilegitimidad e inconstitucionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente por su origen

En el artículo 348 de la Constitución se establece claramente quienes tienen la “iniciativa” para la convocatoria de una Asamblea Constituyente, es decir quienes tienen la facultad para proponer que se convoque la instalación de la misma. Así mismo los artículos 5 y 347 consagran al pueblo como único detentador de la soberanía nacional y por ende depositario del poder constituyente originario. Las citadas normas están estrechamente vinculadas entre sí, por lo cual es impositivo interpretarlas en forma concatenada. Tal interpretación nos conduce a una sola conclusión: el Presidente de la República, entre otros, tiene la potestad de proponer una Asamblea Nacional Constituyente y corresponde al pueblo aprobar o no dicha propuesta, a través de un referendo consultivo.

De manera que la Asamblea Nacional Constituyente fue convocada de forma inconstitucional por el Presidente de la República mediante decreto N° 2.830 de fecha 1° de mayo de 2017³, usurpando la voluntad

³ El Presidente de la República en Consejo de Ministros, al igual que la Asamblea Nacional, mediante el acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos, y el 15% de los electores inscritos en el registro civil y electoral, tienen la iniciativa de convocatoria a una

del pueblo, único depositario del poder constituyente originario, tal y como se desprende de los artículos 5 y 347 de la Constitución y en flagrante violación de los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en sus artículos 2, 3, 5, 6, 19, 62, 63, 70, 71, 347 y 348.

Además del Decreto inconstitucional de convocatoria a una ANC, fueron dictados posteriormente los decretos N° 2.878⁴ de fecha 23 de mayo de 2017 y N° 2.889⁵ del 4 de junio del mismo año, mediante los cuales el Presidente de la República “*en su cualidad de convocante*”, decretó unilateralmente y sin consulta popular, las bases comiciales territoriales y sectoriales, sobre las cuales se llevó “*a cabo la convocatoria, conformación y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente*”, y exhortó a que el proyecto de Constitución que se redacte en su seno sea sometido a referendo aprobatorio popular, en los términos establecidos en el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.⁶

Estas bases comiciales fueron igualmente inconstitucionales por cuanto violaron los artículos 5, 39, 42, 62, 63, 64, 67, 70 y 347 de la Constitución al usurpar la soberanía del pueblo, como único titular del poder constituyente y desconocer la voluntad popular a través de la imposición de un proceso constituyente y de las bases comiciales⁷ (al

Asamblea Nacional Constituyente, esta facultad solo consiste en iniciar un proceso de convocatoria a este mecanismo de modificación del texto constitucional, NUNCA de convocarlo directamente (artículo 348 de la Constitución).

⁴ Publicado en Gaceta Oficial N° 41.156 de fecha 23 de mayo de 2017.

⁵ Publicado en Gaceta Oficial N°6.303 extraordinario de fecha 4 de junio de 2017.

⁶ Tal como lo expresa el profesor Brewer-Carías, “El derecho del pueblo a participar directamente mediante referendo en los procesos de reforma constitucional es, como se dijo, el signo más característico de la democracia participativo que se regula en la Constitución y el mismo no le puede ser arrebatado por los gobernantes en forma alguna”. Vid. <http://allanbrewercarias.com/documentos/155-derecho-del-pueblo-participar-las-reformas-la-constitucion-signo-mas-caracteristico-la-democracia-participativa-no-puede-arrebatado-los-gobernantes/>

⁷ En este sentido, las “bases comiciales” están contaminados de los mismos vicios de inconstitucionalidad que se atribuyen a los Decretos Nro. 2.830 y Nro. 2.831, en tanto que la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente no ha sido legitimada por la voluntad popular, es decir, por el pueblo como único detentador de la soberanía nacional, y única entidad competente para hacerlo según lo dispone el artículo 347 de la Constitución. Así pues, no podía el Presidente de la República continuar el proceso constituyente mediante la

igual que el Decreto de “convocatoria”); y también porque limitaron ilegítimamente el derecho de participación ciudadana en el ejercicio de su soberanía al regular quiénes podían postularse al cargo de constituyente, determinaron elecciones por sectores⁸, y excluyeron de los electores a los venezolanos por naturalización, todo ello en violación del derecho al sufragio libre, universal, directo y secreto, y el principio de representación proporcional.

Esta ilegítima Asamblea Nacional Constituyente fue además convocada de esta forma inconstitucional con la complicidad de otros órganos de los poderes constituidos, estos son, principalmente: el Consejo Nacional Electoral y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto, el Consejo Nacional Electoral, a pesar de que no tenía competencia para convocar elecciones de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, por cuanto su convocatoria no fue aprobada por el pueblo soberano a través de un referendo consultivo, respondió al mandato inconstitucional del presidente de la República, y en violación de los artículos 292 y siguientes de la Constitución, en concordancia con los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, convocó y llevó a cabo el proceso electoral del 30 de julio del 2017 en el cual se eligieron fraudulentamente un total de 537 miembros de una inconstitucional e ilegítima Asamblea Nacional Constituyente⁹.

presentación al Consejo Nacional Electoral de unas bases comiciales para la elección de los miembros de la Asamblea Nacional constituyente, cuando el proceso como tal no ha sido iniciado por el pueblo quien es además el único competente para dictarlas.

- ⁸ De conformidad con lo establecido en las bases comiciales, los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente serían elegidos en el ámbito territorial y sectorial, “mediante el voto universal, directo y secreto”, sin perjuicio de los integrantes de los pueblos indígenas que serán elegidos de acuerdo a sus costumbres y prácticas ancestrales. Los sectores a los que se refieren las Bases, según su punto PRIMERO, comprenden: 1) Trabajadores y Trabajadoras. 2) Campesinos y Campesinas y Pescadores y Pescadoras. 3) Los y las Estudiantes. 4) Personas con discapacidad. 5) Pueblos Indígenas. 6) Pensionados y Pensionadas. 7) Empresarios y Empresarias. 8) Comunas y Consejos Comunales.
- ⁹ De acuerdo con lo reseñado en la página oficial del Consejo Nacional Electoral, “Un total de 8.089.320 de votantes participaron este domingo en la elección de 537 miembros de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), de acuerdo con el primer boletín del Consejo Nacional Electoral (CNE)” (Vid. http://www.cne.gob.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=3551), sin embargo, sobre este proceso electoral, incontables fueron las denuncias de ventajismo, fraude, no ya de los partidos opositores, sino de los ciudadanos y organiza-

Si bien el Consejo Nacional Electoral es un órgano integrante del Poder Electoral, cuya función primordial es la organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos (artículo 293 de la Constitución), dicha función solo puede ser ejercida de conformidad con las normas y principios constitucionales que rigen los procesos electorales y a las autoridades; tales como la independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios.

Al haber convocado directamente el proceso para la elección de los integrantes de una Asamblea Nacional Constituyente sin que previamente esta hubiese sido convocada mediante referendo consultivo popular por el poder constituyente originario (artículo 347 en concordancia con los artículos 5 y 71 de la Constitución), el Poder Electoral se sometió y se confundió con el Poder Ejecutivo, violando el principio de separación de poderes (artículo 136 de la Constitución en concordancia con el artículo 137 y 293 de la Constitución), el principio de independencia orgánica de los órganos del poder electoral (artículo 294 de la Constitución) y violando además el principio de participación política, en menoscabo de la soberanía popular (artículos 5 y 71 de la Constitución).

Así también, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en renuncia al deber que tiene de garantizar la supremacía de la constitución, avaló la acción inconstitucional del Presidente de la República de convocar una Asamblea Nacional Constituyente y, mediante sentencia N°378 de fecha 31 de mayo de 2017, en “interpretación constitucional” de los artículos 347 y 348, determinó que *“no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello*

ciones civiles, e incluso del proveedor del sistema computarizado operativo, Smarmatic, el cual manifestó el hecho de que no podían garantizar resultados de la constituyente, puesto que creían que “la data para la elección fue manipulada”, cfr. http://www.el-nacional.com/noticias/politica/smartmatic-denuncia-manipulacion-eleccion-constituyente_196658 y <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40804551>

no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX.”

En efecto, a través de la decisión N° 378, la Sala Constitucional confundió gravemente, como lo hizo el Presidente de la República mediante Decreto Nro. 2.830 del 1° de mayo de 2017, la iniciativa con la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, ambas desarrolladas en los artículos 347 y 348 de la Constitución¹⁰. La Sala Constitucional desconoció que el depositario del poder constituyente originario es el pueblo; y pese a que los poderes constituidos, de conformidad con el artículo 348 constitucional, sólo pueden promover tal convocatoria para que se consulte mediante un referendo al pueblo sobre si quiere o no convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, esa Sala les concedió la facultad de convocar directamente un proceso para la transformación del Estado y del ordenamiento jurídico¹¹.

La Sala Constitucional, interpretando aislada y literalmente los artículos 347 y 348 de la Constitución, despojó con su fallo al pueblo del ejercicio exclusivo e intransferible de la soberanía (artículo 5 de la Constitución), y le otorgó al Presidente de la República, Nicolás

¹⁰ En este sentido, es preciso señalar que al referido artículo 347 se le da como título el de “Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente”, mientras que al artículo 348 de la misma Constitución se le denomina “Iniciativa de Convocatoria”, porque éste establece que la iniciativa de convocatoria puede ser tomada por el Presidente, la Asamblea Nacional, los Concejos Municipales y un 15% de electores, en tanto que el precedente se refiere a la decisión misma de la convocatoria que corresponde sólo ser decidida por la mayoría popular, única titular de la soberanía.

¹¹ La decisión plantea el absurdo de que entonces todos los que como el Presidente tienen la iniciativa podrían ser convocantes, así, la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; y el quince por ciento de los electores inscritos y electoras en el Registro Civil y Electoral. El absurdo es entre otras cosas la fragilidad de una Constitución, si todos estos actores pueden con su sola voluntad convocar un proceso constituyente y aniquilar el Estado de Derecho y sus instituciones. Absurda además porque este argumento hecho a la medida presidencial choca con el poder de iniciativa que al 15% de los electores se otorga, caso en el cual la sentencia sin razonamiento alguno pero en vista de la absurdidad de la consecuencia que ello implicaría dice que no se aplica a ese supuesto. Para mayor profundidad consultar BADELL MADRID, Rafael, “Régimen jurídico del proceso constituyente en la Constitución de Venezuela”. Conferencia dictada en la “Jornada sobre la Asamblea Nacional Constituyente”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 13 de junio de 2017. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 156. Caracas, 2017, disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>

Maduro, el poder constituyente originario (cuyo único depositario en derecho es el pueblo de Venezuela, artículo 347 de la Constitución), al concederle la facultad de convocar una Asamblea Nacional Constituyente. Mediante la sentencia N°378 se terminó de concretar la usurpación del derecho del depositario del poder constituyente de decidir si convoca o no una Asamblea Nacional Constituyente, y se violaron los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en la Constitución (artículos 2, 3, 5, 63, 70, entre otros), concretando la inconstitucionalidad y la ilegitimidad en el origen de la Asamblea Nacional Constituyente.

2.2. Ilegitimidad e inconstitucionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente por su desempeño

Ya sabemos que la Asamblea Nacional Constituyente es inconstitucional por su origen al haber sido “convocada” mediante decreto presidencial, prescindiendo de la consulta a la voluntad popular y usurpando el Poder Constituyente Originario del pueblo; pero también es inconstitucional por su desempeño desde su instalación el 04 de agosto de 2017. En efecto, la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente desnaturaliza con cada una de sus actuaciones las funciones básicas, exclusivas y excluyentes que debe tener una Asamblea Constituyente legítima y constitucionalmente convocada.

La Asamblea Nacional Constituyente (Capítulo III), junto a la enmienda (Capítulo I) y a la reforma constitucional (Capítulo II), conforman el Título IX “De la Reforma Constitucional” de la Constitución vigente (artículos 340 al 350 de la Constitución), el cual, según la Exposición de Motivos del texto fundamental, establece los mecanismos de modificación del texto constitucional.

En este sentido, la Asamblea Nacional Constituyente, como mecanismo, instrumento o medio de modificación de la Constitución, únicamente tiene competencia para redactar un nuevo texto constitucional, es decir, crear un proyecto de Constitución, según se desprende del artículo 347 constitucional:

Artículo 347. El pueblo de Venezuela (...) puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

Así pues, la Asamblea Nacional Constituyente está limitada principalmente en su objeto. Sus actividades de instalación, sesión y discusión solo pueden estar dirigidas a la redacción y elaboración de un proyecto de Constitución. No le corresponde a la Asamblea Nacional Constituyente dictar leyes de contenido nuevo o modificar las existentes, ni dictar actos de gobierno para reformar el régimen vigente, ni realizar actos de control de los poderes constituidos o hacer designaciones de sus titulares o funcionarios, ni mucho menos convocar un proceso electoral.

De otra parte, la Asamblea Nacional Constituyente debe atender en su actuación al entero respeto del ordenamiento constitucional vigente¹², el respeto al bloque de la constitucionalidad, lo que incluye todas las normas, principios y valores que la conforman y le dan su estructura fundamental (inclusive los órganos y las instituciones previstos en él), tales como el principio de la democracia y la soberanía popular (artículos 2 y 5 de la Constitución), que comprende a su vez las bases federales del Estado venezolano como principio de organización democrática (Preámbulo y art. 4), el ejercicio democrático de la voluntad popular (artículo 3), el pluralismo político (art. 2), el carácter democrático de las entidades políticas que componen el Estado (art. 6), así como el respeto a los derechos políticos (art. 39), la participación libre en los asuntos públicos (art. 62) y el derecho al sufragio (art. 63), entre otros; el principio legalidad (art. 137); el principio de separación de poderes (art. 136); el principio de progresividad de los derechos (art. 19); los principios y valores de nuestra historia republicana (art. 350); el principio de responsabilidad patrimonial del Estado (art. 140); y por supuesto también, el respeto de los acuerdos y tratados internacionales (art. 23).

¹² La Asamblea Nacional Constituyente está sometida a las normas y principios constitucionales vigentes para su conformación, siendo que la supremacía del texto fundamental (artículo 7 de la Constitución) impide que este pierda su vigencia (artículo 333 de la Constitución), hasta tanto el poder constituyente originario, que solo corresponde al pueblo, lo decida mediante referendo consultivo que resulte en la adopción de una Constitución.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente es un órgano del Estado, y como tal está sujeto a las normas y principios constitucionales de conformidad con el artículo 7 de la Constitución, según el cual: “Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

Es por ello que, contrariamente a lo que determina el Decreto Constituyente respecto de que “todos los órganos del Poder Público se encuentran subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente”, y que por ello puede esta “adoptar medidas sobre las competencias, funcionamiento y organización de los órganos del Poder Público” de acuerdo con las “Normas para Garantizar el Pleno Funcionamiento Institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en Armonía con los Poderes Públicos Constituidos”; la Asamblea Nacional Constituyente está sometida al reconocimiento que hace la Constitución de la existencia conjunta de los Poderes tradicionales constituidos: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral, por lo que su única función es la de redactar una nueva Constitución y en el ejercicio de esa función no puede desconocer a dichos Poderes Constituidos”¹³.

En razón de lo anterior la Asamblea Nacional Constituyente tiene una sola y única competencia, esta es: redactar, discutir y aprobar un proyecto de Constitución, que será necesariamente sometido a la consideración del pueblo soberano, mediante consulta, y de no resultar aprobado este órgano cesa en su existencia, quedando todo el régimen jurídico intacto, con las solas modificaciones que se hayan producido por la actuación de los poderes constituidos en ejecución de sus respectivas competencias¹⁴.

Por tanto, cualquier actuación que exceda la competencia fijada a la Asamblea Nacional Constituyente -la redacción y discusión de un proyecto de nueva constitución- es abiertamente inconstitucional.

¹³ SANQUÍRICO PITTEVIL, Fernando, “Las facultades (i)limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la República”, en BREWER-CARIAS, Allan, y GARCÍA SOTO, Carlos (compiladores), “Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente”, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017. p.433.

¹⁴ Para mayor profundidad vid. BADELL MADRID, Rafael, Régimen jurídico del proceso constituyente en la Constitución de Venezuela. Conferencia dictada en la “Jornada sobre la Asamblea Nacional Constituyente”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 13 de junio de 2017.

Ahora bien, todas las actuaciones de la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente convocada mediante decreto presidencial el 1° de mayo de 2017, han excedido la competencia fijada por la Constitución a un órgano de esta naturaleza legítimamente convocado.

Más allá de la sesión para la redacción y discusión de un proyecto de nueva Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente -en abierta inconstitucionalidad- ha dictado una serie de actos que han pretendido modificar el régimen jurídico vigente sin la intervención de la voluntad popular.

En efecto, mediante “Decretos Constituyentes”, “Leyes Constitucionales” y “Acuerdos Constituyentes”, la Asamblea Nacional Constituyente ha dictado leyes de contenido nuevo y modificado las existentes¹⁵⁻¹⁶; ha realizado actos de control e intervención de los poderes constituidos¹⁷ a través de la designación, ratificación o remoción de

¹⁵ La lista de “Leyes Constitucionales” dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente, en contravención a su único objeto de redacción de un proyecto de constitución y usurpando las potestades legislativas exclusivas de la Asamblea Nacional, cada día se vuelve más larga. Así pues, hasta la fecha se han dictado un total de 11 leyes constitucionales: 1. Ley Constitucional de la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública (Gaceta Oficial Nro. 6.323 extraordinario del 08 de Agosto de 2017); 2. Ley Constituyente que crea el conglomerado «Agrosur» (Gaceta Oficial Nro. 41.272 del 06 de Noviembre de 2017); 3. Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia (Gaceta Oficial Nro. 41.274 del 08 de Noviembre de 2017); 4. Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia.- (Gaceta Oficial Nro. 41.276 del 10 de Noviembre de 2017) (Se reimprime por fallas en los originales).- (Reimpresión G.O N° 41.274); 5. Ley Constitucional de Precios Acordados.- (Véase N° 6.342 Extraordinario de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 22 de noviembre de 2017); 6. Ley Constitucional sobre la creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria (Gaceta Oficial Nro. 41.305 del 21 de Diciembre de 2017); 7. Ley Constitucional del Régimen Tributario para el Desarrollo Soberano del Arco Minero (Gaceta Oficial Nro. 41.310 del 29 de Diciembre de 2017); 8. Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva (Gaceta Oficial Nro. 41.310 del 29 de Diciembre de 2017); y 9. Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas. (Gaceta Oficial Nro. 41.318 del 11 de Enero de 2018); 10. Ley Constitucional del Comité Local de Abastecimiento y Producción (Gaceta Oficial N° 41.330 del 29 de enero de 2018); y 11. Ley Constitucional de los Consejos Productivos de Trabajadoras y Trabajadores (Gaceta Oficial N° 41.336 del 6 de febrero de 2018).

¹⁶ Decreto Constituyente para la participación en Procesos Electorales (Gaceta Oficial Nro. 41.308 del 27 de Diciembre de 2017).

¹⁷ Entre ellos el Decreto Constituyente sobre la Emergencia y Reestructuración del Ministerio Público (Gaceta Oficial Nro. 6.322 extraordinario del 05 de Agosto de 2017); y el Decreto Constituyente mediante el cual se dictan las Normas para garantizar el pleno funcionamiento

sus titulares o funcionarios¹⁸; e inclusive, ha convocado procesos electorales para la elección popular de representantes de los poderes públicos (en todos sus niveles, local, regional o nacional¹⁹) y ha exigido juramentarlos²⁰.

institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos constituidos (Gaceta Oficial Nro. 6.323 extraordinario del 08 de Agosto de 2017).

¹⁸ Como por ejemplo el Decreto Constituyente de la Remoción de la ciudadana Luisa Marvelia Ortega Díaz como Fiscal General de la República (Gaceta Oficial Nro. 6.322 extraordinario del 05 de Agosto de 2017); el Decreto Constituyente de la designación Provisional del cargo de Fiscal General de la República Tarek Wiilians Saab (Gaceta Oficial Nro. 6.322 extraordinario del 05 de Agosto de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica al ciudadano Nicolás Maduro Moros, como Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Jefe de Estado y de Gobierno, Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, para el cual fue electo por decisión del soberano Pueblo de Venezuela (Gaceta Oficial Nro. 6.325 extraordinario del 10 de Agosto de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica a las ciudadanas Tibisay Lucena Ramírez, Sandra Oblitas Ruzza, Socorro Elizabeth Hernández y Tania D'Amelio Cardiet, como Rectoras del Consejo Nacional Electoral (Gaceta Oficial Nro. 6.326 extraordinario del 11 de Agosto de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica en el ejercicio de sus funciones constitucionales a los Magistrados y Magistradas Principales del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial Nro. 41.214 del 15 de Agosto de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica al ciudadano Luis Emilio Rondón González, como Rector Principal del Consejo Nacional Electoral (Gaceta Oficial Nro. 41.214 del 15 de Agosto de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica en el ejercicio de sus funciones constitucionales a los ciudadanos Tarek William Saab, Fiscal General de la República y Presidente del Consejo Moral Republicano; Manuel Galindo Ballesteros, Contralor General de la República y Alfredo Ruiz Angulo, Defensor del Pueblo (Gaceta Oficial Nro. 41.216 del 17 de Agosto de 2017); y el Decreto Constituyente que autoriza la designación del Presidente del Banco Central de Venezuela (Gaceta Oficial Nro. 41.265 del 26 de Octubre de 2017).

¹⁹ En este punto es preciso destacar, que en entera contradicción a los límites de la Asamblea Nacional Constituyente establecidos en el artículo 347, la Asamblea Nacional Constituyente ha dictado en tres ocasiones “Decretos Constituyentes” con el único objeto de determinar la convocatoria a procesos electorales de representantes de los poderes públicos. Así pues mencionamos: 1. El Decreto Constituyente mediante el cual se reprograma para el mes de octubre del 2017, el proceso electoral para la escogencia de gobernadoras y gobernadores de estados, en el marco del cronograma electoral ya anunciado por el Poder Electoral, en ejercicio de sus funciones constitucionales (Gaceta Oficial Nro. 6.327 extraordinario del 12 de Agosto de 2017); 2. Decreto Constituyente de convocatoria y programación de las elecciones de Alcaldesas y Alcaldes, para el mes de diciembre del año 2017 (Gaceta Oficial Nro. 41.265 del 26 de Octubre de 2017); y 3. Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 6.361 extraordinario del 23 de enero de 2018).

²⁰ Decreto Constituyente mediante el cual se declaran juramentados ante esta soberana Asamblea Nacional Constituyente las gobernadoras y gobernadores de cada estado a las ciudadanas y ciudadanos que en él se indican (Gaceta Oficial Nro. 41.259 del 18 de Octubre de

De igual forma, el Decreto Constituyente de convocatoria para el primer cuatrimestre del año 2018, del proceso electoral para la escogencia de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, es inconstitucional por cuanto la Asamblea Nacional Constituyente, conforme a lo precedentemente explicado, es un instrumento de reforma constitucional, no un órgano electoral.

3. DE LA INCONSTITUCIONAL CONVOCATORIA AL PROCESO ELECTORAL PARA LA ELECCIÓN DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

3.1. Inconstitucionalidad por usurpación de competencias del Poder Electoral

El “Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela” es inconstitucional por cuanto usurpa las funciones propias de convocatoria a elecciones de los cargos de representación popular de los poderes públicos, del Poder Electoral en órgano del Consejo Nacional Electoral, establecidas en el artículo 293 numeral 5 de la Constitución, en concordancia con el artículo 42 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, según los cuales:

“Artículo 293. El Poder Electoral tiene por función:

5. La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos”.

“Artículo 42. La convocatoria a elecciones es el acto público mediante el cual el Consejo Nacional Electoral fija la fecha de elección para los cargos de elección popular, en concordancia con los periodos constitucionales y legalmente establecidos”.

2017); Acto Constituyente mediante el cual se juramentan la Gobernadora proclamada y Gobernadores proclamados (Gaceta Oficial Nro. 41.262 del 23 de Octubre de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se Juramenta el Gobernador Proclamado del estado Zulia (Gaceta Oficial Nro. 41.300 del 14 de Diciembre de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se delega la Juramentación de las Alcaldesas Proclamadas y Alcaldes Proclamados (Gaceta Oficial Nro. 41.300 del 14 de Diciembre de 2017).

En el sentido que antecede, exclusivamente el Poder Electoral y no la Asamblea Nacional Constituyente, tiene la potestad de, mediante un acto de convocatoria en el cual se haga público el Cronograma Electoral del respectivo proceso, convocar a la elección del Presidente de la República, conforme al período constitucional y legalmente establecido.

Dentro de este marco, cabe señalar entonces que, el acto mediante el cual la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente pretende convocar elecciones presidenciales para el primer cuatrimestre del año 2018, por comprender la usurpación de funciones de un Poder Público como es el Electoral, es nulo de conformidad con lo establecido en el artículo 138, en concordancia con los artículos 136 y 137 de la Constitución, por cuanto solo la Constitución y la ley pueden definir las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público y “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”.

3.2. Inconstitucionalidad por violación del período presidencial constitucional

Según se desprende del artículo 230 de la Constitución, el período presidencial es de seis años. Las elecciones presidenciales de Venezuela para el período 2013-2019 se efectuaron en fecha 7 de octubre de 2012, en las cuales fue reelecto el presidente Hugo Chávez para un cuarto mandato consecutivo. De conformidad con el artículo 231 constitucional, el presidente electo debía comenzar su período constitucional el 10 de enero del año 2013 mediante juramento ante la Asamblea Nacional, o en su defecto ante el Tribunal Supremo de Justicia.

Sin embargo esto no ocurrió y la Sala Constitucional en sentencia N° 2 de fecha 9 de enero de 2013 “interpretó” el artículo 231 en cuestión y determinó que *“A pesar de que el 10 de enero próximo se inicia un nuevo período constitucional, no es necesaria una nueva toma de posesión en relación al presidente Hugo Rafael Chávez Frías, en su condición de Presidente reelecto, en virtud de no existir interrupción en el ejercicio del cargo”*, por lo que *“La juramentación del Presidente reelecto puede ser efectuada en una oportunidad posterior al 10 de enero de 2013 ante el Tribunal Supremo de Justicia, de no poder realizarse dicho día ante la Asamblea Nacional, de conformidad con lo previsto*

en el artículo 231 de la Carta Magna. Dicho acto será fijado por el Tribunal Supremo de Justicia, una vez que exista constancia del cese de los motivos sobrevenidos que hayan impedido la juramentación”.

La Sala Constitucional también avaló en esta oportunidad, además, la continuidad del Gobierno: *“El Poder Ejecutivo (constituido por el Presidente, el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración) seguirá ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa”.*

Tras la muerte de Hugo Chávez el 5 de marzo de 2013, sin este haber tomado posesión del cargo presidencial, y bajo la figura de “continuidad administrativa” declarada por la Sala Constitucional, con fundamento en el artículo 233 (sobre la falta absoluta del Presidente de la República), fueron convocadas elecciones presidenciales el 9 de marzo para ser realizadas en fecha 14 de abril de 2013. Dispone el artículo 233 constitucional:

“(…) Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreto dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente. (...)”

De conformidad con el precitado artículo, y producida la falta absoluta del presidente Chávez durante los primeros cuatro años del período presidencial, el candidato presidencial electo en las elecciones del 14 de abril, Nicolás Maduro, debe entonces completar el período constitucional correspondiente (2013-2019).

De manera que, siendo el período constitucional en curso el comprendido entre 2013-2019, la convocatoria para el primer cuatrimestre del año 2018 del proceso electoral para la escogencia de la Presidencia es flagrantemente extemporánea y por ende violatoria del período presidencial que determina la Constitución. Lo anterior, sin mencionar además, la irregularidad política y constitucional que representaría que el candidato elegido no tomara posesión del cargo de Presidente de la República el diez de enero del primer año de su período constitucional, tal y como lo establece el artículo 231 de la Constitución, sino antes.

Así entonces, de conformidad con el precitado artículo 42 de la Ley Orgánica de procesos Electorales, la Asamblea Nacional Constituyente, además de usurpar las funciones del CNE al convocar elecciones presidenciales, lo hace en violación del periodo constitucionalmente establecido.

En ese sentido, “el proceso de elecciones presidenciales de forma anticipada sin la toma de posesión del cargo, constituye un fraude electoral”, por ser una consecuencia del otro²¹.

Una de las garantías de la elección y posterior toma de posesión del cargo el 10 de enero del primer año del período constitucional presidencial es el cumplimiento del mandato previsto en los artículos 230 y 231 de la Constitución por parte del Consejo Nacional Electoral y a través de un cronograma electoral ajustado al período constitucional. Por ello, cabría preguntarnos ahora: ¿Qué hacemos con el presidente electo el domingo 22 de abril de 2018 hasta la juramentación para la posesión del cargo de la presidencia de la República el 10 de enero de 2019?

3.3. Inconstitucionalidad por violación de los principios constitucionales de los procesos electorales

3.3.1. Punto previo: del proceso electoral

El sistema electoral es una de las principales exigencias de todo Estado democrático, puesto que es utilizado para canalizar y garantizar

²¹ Vid. “AVERU se dirige a la opinión pública. Ante la inconstitucional convocatoria a las elecciones presidenciales realizada por La Asamblea Nacional Constituyente de facto”, en UCV Noticias, artículo web, disponible en: <http://ucvnoticias.ucv.ve/?p=67524>

la toma de decisiones por la voluntad popular. De conformidad con el artículo 5 de la Constitución: “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en la Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

El sufragio, como modo de participación política en que es expresada la voluntad popular, está establecido en la Constitución como un derecho que se ejerce mediante votaciones libres, universales, directas y secretas (artículo 63), garantizado por los principios de: personalización del sufragio, la representación proporcional, igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, por parte de los órganos del Poder Electoral²² (artículo 293).

Para el eficaz ejercicio del derecho al sufragio, la Constitución y la ley regulan y desarrollan los principios constitucionales y los derechos de participación política de los ciudadanos en los procesos electorales (artículo 1 de la Ley de Procesos Electorales).

Ahora bien, el proceso electoral siempre ha tenido la característica implícita de ser un elemento básico del régimen democrático, en el que el valor del voto de cada ciudadano es trascendental para canalizar la voluntad del pueblo hacia las decisiones políticas²³. Ponemos énfasis en que “Cuanto mayor sea el nivel de participación de los ciudadanos en los procesos políticos y sociales de un país, más democrático es un sistema”, de modo que en los sistemas democráticos se sustentan en la existencia de mecanismos que verdaderamente garanticen la participación ciudadana²⁴.

²² Es decir, el Consejo Nacional Electoral como ente rector y, como organismos subordinados a éste, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, con la organización y el funcionamiento que establezca la ley orgánica respectiva. Vid. Artículo 292 de la Constitución.

²³ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, “Democracia y procesos electorales”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Costa Rica, 1986. . Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2018/3.pdf>

²⁴ “Sin participación ciudadana, la democracia pierde su razón de ser, representatividad y legitimidad, es por ello que el ejercicio de la ciudadanía y la participación política continúan, hoy día, siendo imperativos de cualquier orden político”, Vid. FERNÁNDEZ MASÍS, Héctor, “El proceso electoral”, en Revista de Derecho Electoral N°1, Primer Semestre, Costa Rica, 2005. P.17. Disponible en: <http://www.tse.go.cr/revista/art/1/fernandez.pdf>

En efecto, la democracia es un sistema competitivo basado en la existencia de instituciones y sistemas tendientes a asegurar la libertad, la imparcialidad y la igualdad de la escogencia entre diferentes opciones políticas.

Contrariamente a lo anterior el Decreto Constituyente es marcadamente parcializado y lo demuestra de forma clara al asociar a la oposición venezolana con los mencionados por él “*poderes imperiales y poderes fácticos*” de Estados Unidos y de la Unión Europea, que “*han desatado una campaña sistemática de odio contra el Pueblo venezolano mediante agresiones a su economía, linchamientos mediáticos contra la venezolanidad y guerras psicológicas para medrar la identidad nacional y generar zozobra*”; poniéndola en una situación no solo desventajosa a la hora de participar políticamente a través de sus candidatos en el proceso electoral, sino hasta excluyente.

Ante estas declaraciones de odio presentes en el “Decreto Constituyente”, y otras tales como “*Que la oposición venezolana atendiendo un guión de factura imperial para justificar y facilitar la intervención extranjera, ha desatendido los más de cuatrocientos llamados del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Nicolás Maduro Moros, y ha boicoteado los mecanismos democráticos, constitucionales y electorales para dirimir las divergencias político-ideológicas, pretendiendo imponer a través de la violencia un neocoloniaje vergonzoso*”, es de presumir que el proceso electoral destinado a la elección del presidente de la República dentro del primer cuatrimestre del año 2018 no tiene otro fin que favorecer a cierta línea política presente en el poder en la actualidad y discriminar a otra -de oposición-, privando a los electores de toda garantía de transparencia, confiabilidad, justicia e igualdad en las elecciones, y por ende, violando lo dispuesto en el artículo 293 de la Constitución.

Para evitar el autoritarismo, se prevé a nivel constitucional, legal e institucional la existencia de sistemas electorales que aseguren la legitimidad democrática de los titulares de los órganos del poder y para ello establezcan y garanticen los derechos constitucionales de la oposición, la imparcialidad de los organismos electorales, el derecho al secreto y la integridad del voto, la regulación especial en caso de

reelecciones²⁵, el derecho a la información electoral y el financiamiento de los partidos políticos.

Cabe mencionar además, como lo hace Manuel Aragón, que se requiere la presencia de otras libertades sin las cuales no puede hablarse propiamente de un sufragio libre, tales como las libertades de expresión, asociación, reunión y manifestación y la libertad de presentación de candidaturas y de la libre concurrencia de las mismas y del libre desarrollo igualitario de la campaña electoral²⁶. Ahora bien, alejado de todo respeto a dichas libertades, el presidente Maduro anunció la exclusión de partidos opositores, tales como Primero Justicia, Voluntad Popular y otros, de las elecciones presidenciales, por no haber participado en las elecciones municipales²⁷.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, “El proceso electoral constituye los actos y actuaciones realizados en forma sucesiva por el Consejo Nacional Electoral dirigidos a garantizar el derecho al sufragio, la participación política y la soberanía popular, como fuente de la cual emanan los órganos del Poder Público”; y se rige por los principios de democracia, soberanía, responsabilidad social, colaboración, cooperación, confiabilidad, transparencia, imparcialidad, equidad, igualdad, participación popular, celeridad, eficiencia, personalización del sufragio y representación proporcional (artículo 3 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales).

²⁵ Se menciona como ejemplo de reglamentación de lo relativo a la reelección presidencial, específicamente en lo atinente a la campaña presidencial, la Ley Colombiana 996 de 2005 sobre Garantías Electorales, la cual establecía limitaciones en cuanto al acceso a la financiación estatal previa y sus montos máximos, el control de los recursos, el acceso equitativo a los medios de comunicación, las prohibiciones especiales al Presidente durante la campaña electoral, las prohibiciones a la participación en las campañas de los funcionarios públicos y las sanciones por el incumplimiento de estas prohibiciones. DUQUE CORREDOR, Román, “Elecciones de la dictadura del Maduronato”. Conferencia dictada el 15 de febrero de 2018 en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Foro sobre las elecciones presidenciales convocadas por la Asamblea Nacional Constituyente.

²⁶ Aragón, Manuel, “Derecho de sufragio: Principio y función”, en “Derecho Constitucional General. Materiales de Enseñanza”, Raúl Ferrero Costa (compilador) Universidad de San Marcos. Universidad de Lima, primera edición, mayo, 2004, página 643, cit. en DUQUE CORREDOR, Román, “Elecciones de la dictadura del Maduronato”, Ob. cit.

²⁷ Las palabras del Presidente Maduro en rueda de prensa fueron: “Partido que no haya participado hoy y haya llamado al boicot de las elecciones no puede participar más. Ese es el criterio que la Asamblea Nacional Constituyente ha esgrimido (...) y yo lo apoyo”.

Por proceso electoral debe entenderse entonces el conjunto de acciones que, ordenadas por etapas y establecidas previamente en la Constitución y en las leyes electorales, están dirigidas por los organismos electorales para la realización de las elecciones y consultas populares. De otra parte, el proceso electoral es definido como “el conjunto de actos ordenados por la legislación vigente que han de cumplir las autoridades electorales, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos para la renovación periódica de los poderes ejecutivo y legislativos...”²⁸.

Las anteriores definiciones del proceso electoral tienen como característica en común la mención de un organismo o autoridad constitucionalmente competente para la realización de dicho proceso electoral.

En Venezuela, la Constitución (artículo 293) y la Ley Orgánica de Procesos Electorales (artículo 4) le otorgan exclusivamente al Consejo Nacional Electoral, como órgano rector y máxima autoridad del Poder Electoral, las funciones de organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos; incluyendo además la de organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley²⁹.

Junto a los principios que rigen los procesos electorales, la Constitución ordena a los órganos del Poder Electoral regirse en su actuación por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios (artículo 294 de la Constitución).

Es conveniente resaltar que los principios y normas electorales dispuestos tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica de Procesos

²⁸ ZURITA, Ricardo O. “Curso de Inducción”, programa de Formación y Desarrollo. Instituto Federal Electoral. México, 1993. P. 75. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1113/6.pdf>

²⁹ “Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos eleccionarios” (artículo 293 de la Constitución).

Electorales, para los procesos electorales y para los órganos del Poder Electoral, son consecuencia del principio básico del Estado democrático, es decir, la soberanía popular, según el cual el fundamento jurídico-político de cualquier sociedad estatal es la voluntad libremente expresada del pueblo³⁰.

Así pues, como postulado fundamental del Estado democrático, la elección debe ser el resultado de la libre expresión de la voluntad mayoritaria del pueblo, si concurren vicios en el proceso electoral que alteren el resultado de la votación, al punto de no conocerse lo realmente querido por los electores, ello “conlleva naturalmente la anulación de la respectiva elección”³¹. En ese sentido, y dado que “las elecciones constituyen el mecanismo jurídico usual no sólo para la escogencia de los titulares de los órganos representativos, sino, además, para que éstos participen, en alguna medida, en la determinación, ejecución y control de las decisiones políticas a lo largo de todo el proceso gubernamental”³², al violarse los principios electorales que garantizan el pleno ejercicio de la voluntad popular en un proceso electoral, se violará el principio democrático, fundamental del Estado de Derecho.

En efecto, la legitimidad de la democracia se afecta por sistemas electorales desiguales y parcializados. En contraposición a la democracia, el autoritarismo se vale de sistemas de elecciones desiguales para fortalecer el totalitarismo y la concentración del poder bajo una formalidad legal pero sin las garantías electorales de la libertad, la igualdad, la imparcialidad y del secreto y de la integridad del voto. “Un poder público conformado por procedimientos que no consagren las garantías constitucionales electorales, son contrarios al orden constitucional y al Estado de Derecho, porque este no existe en donde los sistemas electorales no son democráticos”.

Ahora bien, el Decreto Constituyente es violatorio de los principios y garantías constitucionales y legales que informan los procesos y los órganos electorales en el ordenamiento jurídico venezolano trastocando

³⁰ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “Los principios del derecho electoral”, artículo web disponible en: <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1994-01-004-025.pdf>

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

el principio fundamental de la democracia y en detrimento de la soberanía popular.

De modo que el Decreto Constituyente es inconstitucional por cuanto viola los principios constitucionalidad de los procesos electorales, así como el principio de independencia de los órganos del Poder Electoral (artículos 293 y 294, respectivamente), en los términos que explicaremos a continuación.

3.3.2. Inconstitucionalidad por violación del principio constitucional de imparcialidad en los procesos electorales

El Decreto de convocatoria a elecciones presidenciales es violatorio, según se desprende de sus numerosos considerandos, del principio de imparcialidad de las elecciones, que de acuerdo con el artículo 293 de la Constitución, debe garantizar los órganos del Poder Electoral en todo proceso electoral, junto a los principios de igualdad, confiabilidad, transparencia y eficiencia.

En efecto, el Decreto Constituyente es marcadamente parcializado y lo demuestra de forma clara al asociar a la oposición venezolana con los mencionados por él “*poderes imperiales y poderes fácticos*” de Estados Unidos y de la Unión Europea, que “*han desatado una campaña sistemática de odio contra el Pueblo venezolano mediante agresiones a su economía, linchamientos mediáticos contra la venezolanidad y guerras psicológicas para medrar la identidad nacional y generar zozobra*”; poniéndola en una situación no solo desventajosa a la hora de participar políticamente a través de sus candidatos en el proceso electoral, sino hasta excluyente.

Como hemos dicho, ante estas declaraciones de odio presentes en el “Decreto Constituyente”, y otras tales como “*Que la oposición venezolana atendiendo un guión de factura imperial para justificar y facilitar la intervención extranjera, ha desatendido los más de cuatrocientos llamados del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela Nicolás Maduro Moros, y ha boicoteado los mecanismos democráticos, constitucionales y electorales para dirimir las divergencias político-ideológicas, pretendiendo imponer a través de la violencia un*

neocoloniaje vergonzoso”, es de presumir que el proceso electoral destinado a la elección del presidente de la República dentro del primer cuatrimestre del año 2018 no tiene otro fin que favorecer a cierta línea política presente en el poder en la actualidad y discriminar a otra -de oposición-, privando a los electores de toda garantía de transparencia, confiabilidad, justicia e igualdad en las elecciones, y por ende, violando lo dispuesto en el artículo 293 de la Constitución. En el mismo sentido, dicho Decreto Constituyente trasgrede los valores superiores que rigen el Estado venezolano tales como la democracia y el pluralismo político (artículo 2 de la Constitución); e ignora el fin esencial del ejercicio democrático de la voluntad popular (artículo 3 de la Constitución).

Lo anterior aunado a que “En el pasado reciente, los procesos electorales en Venezuela no han sido administrados de manera justa, imparcial y transparente³³, situación que ha empeorado de cara a las elecciones presidenciales de 2018”³⁴. Tal como lo afirman el Centro de Estudios Políticos de la Universidad Católica Andrés Bello (CEP-UCAB) y el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral

³³ Tal como lo afirma la Asociación Venezolana de Rectores Universitarios (AVERU), “las últimas actuaciones en materia electoral por parte de la Asamblea Nacional Constituyente conjuntamente con el Consejo Nacional Electoral, con ocasión a las elecciones de Gobernadores y Alcaldes, así como el llamado a legitimación de los partidos políticos, inhabilitaciones, desconocimiento de los resultados electorales adversos al régimen, modificación de las normas que regulan los procesos electorales dentro de los seis(6) meses anteriores al proceso, evidencia que no existe garantía de imparcialidad, transparencia, igualdad y equidad en el desarrollo de una elección Presidencial.” Vid. “AVERU se dirige a la opinión pública. Ante la inconstitucional convocatoria a las elecciones presidenciales realizada por La Asamblea Nacional Constituyente de facto”, cit.

³⁴ Déficit como “la permisividad del CNE en el uso de recursos públicos para fines electorales, la inequidad en la aplicación de la normativa electoral, manipulación en los procedimientos de votación, inequidad en el acceso a los medios de comunicación”; la “manipulación del cronograma de actividades de la elección, migración masiva de votantes a pocas horas de la elección, eliminación de la tinta indeleble como mecanismo para evitar el sufragio múltiple y la manipulación de actas de votación”, sin mencionar la declaración de la empresa Smartmatic, de la falta de confianza de los resultados emitidos por el Consejo Nacional Electoral en las pasadas “elecciones” para seleccionar los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente; hacen que Venezuela sea el escenario menos propicio para unas elecciones íntegras. Vid. Comunicado conjunto del CEP-UCAB e IDEA Internacional sobre convocatoria de elecciones 2018, del 29 de enero de 2018. Disponible en: <https://politikaucab.net/2018/01/29/comunicado-conjunto-del-cep-ucab-e-idea-internacional-sobre-convocatoria-de-elecciones-2018/>

(International IDEA), las condiciones electorales en Venezuela no son contestes en lo referente a la integridad de las elecciones³⁵.

En efecto, “la manipulación en la convocatoria a elecciones, la opacidad en los procedimientos y lapsos de cada una de las fases necesarias para la celebración de una elección, la ilegalización de partidos, la inhabilitación de líderes políticos y el rechazo sistemático a la observación electoral nacional e internacional calificada e independiente, constituyen restricciones muy graves para la integridad de cualquier elección”.

Ante esta falta de garantías y principios como la confiabilidad, la imparcialidad y la igualdad en los procesos electorales y el anuncio de un adelanto en la convocatoria de las elecciones presidenciales en Venezuela, se han pronunciado diversos sectores de la comunidad nacional e internacional.

Así pues, entre ellos llama la atención la IV Declaración del Grupo de Lima, en la cual los cancilleres y representantes de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Santa Lucía, reunidos en la Ciudad de Santiago de Chile, en fecha de 23 de enero de 2018, manifestaron su rechazo de la decisión del Gobierno de Venezuela de convocar a elecciones presidenciales para el primer cuatrimestre de este año, por considerar que la misma “imposibilita la realización de elecciones presidenciales democráticas, transparentes y creíbles, conforme a estándares internacionales y contradice los principios democráticos y de buena fe para el diálogo entre el gobierno y la oposición”³⁶.

³⁵ Elecciones íntegras, en este concepto, se refiere a “elecciones basadas en los principios democráticos del sufragio universal y la igualdad política, tal como se reflejan en los acuerdos y normas internacionales, caracterizadas por una preparación y gestión profesionales, imparciales y transparentes a lo largo de todo el ciclo electoral” (Informe de la Comisión Global, sobre Elecciones, Democracia y Seguridad, publicado por IDEA Internacional y la Fundación Kofi Annan, 2012). Vid. Comunicado conjunto del CEP-UCAB e IDEA Internacional sobre convocatoria de elecciones 2018, del 29 de enero de 2018.

³⁶ Asimismo, el Grupo de Lima exigió “que las elecciones presidenciales sean convocadas con una adecuada anticipación, con la participación de todos los actores políticos venezolanos y con todas las garantías que corresponda, incluida la participación de observadores internacionales independientes. Unas elecciones que no cumplan éstas condiciones carecerán de legitimidad y credibilidad.”. Vid. en “La reacción internacional ante el anuncio de la ANC de convocar elecciones presidenciales”, por MonitorProDaVinci, Disponible

Basta decir además que este Decreto Constituyente vulnera flagrantemente los principios que rigen a los órganos del Poder Electoral establecidos en el artículo 294 de la Constitución como lo son: la independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios, al instar a la ciudadana Tibusay Lucena Ramírez, Presidenta del Consejo Nacional Electoral, “para que realice lo conducente a los efectos de este Decreto Constituyente”.

Al respecto, la Conferencia Episcopal Venezolana, mediante comunicado de su Presidencia, expresó que “El CNE es la institución llamada a velar por las garantías electorales de los ciudadanos, de ahí la necesidad de su reestructuración para que “cumpla con la imparcialidad que le pide la Constitución vigente. Solo así actuará con transparencia y equidad en sus funciones y garantizará el respeto a las decisiones del pueblo” (n.7). Aunado a esto debemos recordar que si realmente vivimos en democracia, la institución electoral –CNE– debe mantener su autonomía y servir al pueblo elector”. De forma muy precisa, la Conferencia Episcopal Venezolana declaró además que para la materialización del artículo 5 constitucional, según el cual la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, se necesitan instituciones del Estado que efectivamente respeten la voluntad de ese pueblo³⁷.

Sobre esto último es preciso hacer mención de que, con base en el Decreto Constituyente, y prescindiendo de toda autonomía, el Consejo Nacional Electoral fijó para el 22 de abril de este año, la fecha para las elecciones presidenciales y como cronograma electoral estableció el siguiente:

en: <http://prodavinci.com/la-reaccion-internacional-ante-el-anuncio-de-la-anc-de-convo-car-elecciones-presidenciales-1/> y https://minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20180123/asocfile/20180123185234/declaraci_n_g_lima_v_23_01_2018_final.pdf

³⁷ Comunicado de la Presidencia de la CEV ante la convocatoria a las elecciones presidenciales adelantadas, del 29 de enero de 2018, disponible en la página web de la Conferencia Episcopal Venezolana: <http://www.cev.org.ve/index.php/noticias/276-comunicado-de-la-presidencia-de-la-cev-ante-la-convocatoria-a-las-elecciones-presidenciales-adelantadas>

Registro preliminar: 25 de febrero.

Jornada especial del 10 al 20 de febrero

Admisión al registro electoral: del 25 al 27 de febrero

Auditoria del registro electoral: 26 de febrero, cuyo registro definitivo se publicara el 5 de marzo.

Campaña electoral desde el 2 de abril hasta el 19 de abril en la misma fecha en que se realizará la feria electoral.

Postulaciones se iniciarán con la inscripción por internet desde el 24 al 26 de febrero y la presentación de éstas ante la Junta Nacional del 26 al 27 de febrero.

La admisión y rechazo a las postulaciones se realizarán desde el 26 de febrero al 1° de marzo.

Los partidos podrá escoger la posición en la boleta el 5 de marzo.

El proceso tendrá 15 auditorías.

De tal manera que el proceso electoral convocado por el Decreto Constituyente y avalado por el Consejo Nacional Electoral para una elección presidencial, configura una violación al sistema electoral al eliminar los lapsos necesarios para el registro electoral, para las postulaciones; sin control de la campaña electoral; inhabilitando posibles candidatos y partidos importantes; sin observación independiente u obstaculizando el acceso a centros de votación y marcado por el ventajismo electoral del candidato que pretende su reelección³⁸; todo ello en violación de las garantías y principios establecidos en los artículos 293 y 294 de la Constitución, y artículos 1, 3, 28 y 72 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.

4. CONCLUSIONES

De lo anterior se desprende que el “Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela” es inconstitucional por cuanto (i) fue dictado por una Asamblea Nacional Constituyente desprovista de toda legitimidad al no haber sido convocada por el pueblo soberano, único depositario

³⁸ DUQUE CORREDOR, Román, “Elecciones de la dictadura del Maduronato”. Conferencia dictada el 15 de febrero de 2018 en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Foro sobre la elecciones presidenciales convocadas por la Asamblea Nacional Constituyente.

del poder constituyente originario (artículos 5 y 347 de la Constitución); (ii) excede los límites constitucionalmente determinados para el ejercicio de las competencias de la Asamblea Nacional Constituyente que establece la Constitución (artículo 347); (iii) usurpa las funciones propias y exclusivas del Poder Electoral (artículo 293); (iv) viola el período presidencial constitucionalmente establecido (artículos 230 y 231); (v) viola los principios constitucionales de los procesos electorales; y (vii) viola el principio de independencia de los órganos del Poder Electoral (artículos 293 y 294, respectivamente).

En razón de lo expuesto, el acto mediante el cual la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente pretende convocar elecciones presidenciales para el primer cuatrimestre del año 2018, es nulo de conformidad con lo establecido en el artículo 138, en concordancia con los artículos 136 y 137 de la Constitución.

5. BIBLIOGRAFÍA

BADELL MADRID, Rafael, “*Régimen jurídico del proceso constituyente en la Constitución de Venezuela*”. Conferencia dictada en la “*Jornada sobre la Asamblea Nacional Constituyente*”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 13 de junio de 2017.

BREWER-CARÍAS, Allan, “*El derecho del pueblo de participar en las reformas de la constitución es el signo más característico de la democracia participativa que no puede ser arrebatado por los gobernantes*”, New York, 3 de mayo de 2017, Disponible en web: <http://allanbrewercarias.com/documentos/155-derecho-del-pueblo-participar-las-reformas-la-constitucion-signo-mas-caracteristico-la-democracia-participativa-no-puede-arrebatado-los-gobernantes/>

Comunicado de la Presidencia de la CEV ante la convocatoria a las elecciones presidenciales adelantadas, del 29 de enero del 2018, disponible en la página web de la Conferencia Episcopal Venezolana: <http://www.cev.org.ve/index.php/noticias/276-comunicado-de-la-presidencia-de-la-cev-ante-la-convocatoria-a-las-elecciones-presidenciales-adelantadas>

Comunicado conjunto del CEP-UCAB e IDEA Internacional sobre convocatoria de elecciones 2018, del 29 de enero de 2018. Disponible en: <https://politikaucab.net/2018/01/29/comunicado-conjunto-del-cep-ucab-e-idea-internacional-sobre-convocatoria-de-elecciones-2018/>

- Comunicado de la Asociación de Rectores Universitarios “AVERU”. Ante la inconstitucional convocatoria a las elecciones presidenciales realizada por La Asamblea Nacional Constituyente de facto”, en UCV Noticias, artículo web, disponible en: <http://ucvnoticias.ucv.v/?p=67524>
- DUQUE CORREDOR, Román, “Elecciones de la dictadura del Maduronato”. Conferencia dictada el 15 de febrero de 2018 en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Foro sobre las elecciones presidenciales convocadas por la Asamblea Nacional Constituyente. Disponible en <http://www.acienpol.org.ve/>
- FERNÁNDEZ MASÍS, Héctor, “El proceso electoral”, en Revista de Derecho Electoral N°1, Primer Semestre, Costa Rica, 2005. Disponible en: <http://www.tse.go.cr/revista/art/1/fernandez.pdf>
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “Los principios del derecho electoral”, artículo web disponible en: <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1994-01-004-025.pdf>
- NJAIM, Humberto, “Génesis y perspectivas de cierta Asamblea Nacional Constituyente. Una mirada politológica”. Conferencia dictada en la “Jornada sobre la Asamblea Nacional Constituyente”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 13 de junio 2017. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, “Democracia y procesos electorales”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Costa Rica, 1986. . Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2018/3.pdf>
- SANQUÍRICO PITTEVIL, Fernando, “Las facultades (i) ilimitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la República”, en BREWER-CARÍAS, Allan, y GARCÍA SOTO, Carlos (compiladores), “Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente”, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017.
- ZURITA, Ricardo O. “Curso de Inducción”, programa de Formación y Desarrollo. Instituto Federal Electoral. México, 1993. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1113/6.pdf>

**PRESENTE Y FUTURO DE LA INDUSTRIA
PETROLERA VENEZOLANA.
13 DE MARZO DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Cualquier juicio acerca de la situación de la industria petrolera venezolana, por más que quiera referirse a su presente y futuro, no podría desligarse de su pasado. Nos referimos a la necesidad de estar en capacidad de comparar el presente con lo que ha sido el pasado, para determinar el origen de los aciertos y desaciertos de la política petrolera, y poder así vislumbrar lo que podría ser su futuro. Esto lo decimos en atención a esa sabia máxima de experiencia de que toda sociedad que ignora su pasado estará condenada a repetir indefinidamente los mismos errores. Por ello, el marco de la presentación de una obra como la que ha elaborado el doctor Juan Cristóbal Carmona, “Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela” (I) y “Actividad Petrolera y Finanzas Públicas en Venezuela” (II), debe ser colocado en el contexto evolutivo de la industria, como lo ha hecho el mencionado autor en su obra.

Los venezolanos hemos sido cautivos de una dialéctica de leyendas negras frente a leyendas blancas, igualmente acrílicas y definitivamente falsas, que ha perturbado el conocimiento objetivo de nuestro pasado como sociedad y nos ha impedido considerar los aspectos positivos presentes en épocas anteriores de nuestra historia y mantener una línea de continuidad acumulativa y progreso colectivo. A mi juicio, este ha sido el caso de la industria petrolera, eje de la economía nacional desde la tercera década del siglo XX.

Muy conocida es la leyenda negra referente a las concesiones de hidrocarburos, que comenzó a formarse durante el régimen castro-gomecista. Según muchos opositores a ese régimen, seguidores del pensamiento marxista en su diversidad de tendencias, los males de la economía del país tenían su principal causa en el sistema imperialista de concesiones, restándole importancia al uso que hacían los gobernantes criollos de la renta petrolera. A este respecto, se destaca la defensa que

hizo el doctor Pedro Manuel Arcaya -importante legislador de la época y fundador y primer Presidente de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales- del sistema de las concesiones petroleras, frente a la pretensión de algunos de imponer la explotación directa de los yacimientos por parte del Estado, dada la falta de preparación del país para afrontar los requerimientos técnicos, económicos y financieros de la industria, pues Venezuela permanecía como un país exclusivamente agroexportador. Señalaba que Venezuela tendría grandes ventajas por la adopción de este sistema, puesto que desde la colonia los yacimientos del subsuelo eran propiedad del Estado, de manera que no ocurriría en Venezuela lo que sucedía en México, donde se luchaba por cambiar la posesión de los mismos por parte de los propietarios del suelo; ni la nación ni los venezolanos tendrían que correr los riesgos incalculables de la exploración, que muchas veces fracasaba; el Estado no tendría que cargar con los grandes costos del personal especializado, de los equipos, de las construcciones, ni de la tecnología; y algo vital para la época, la nación evitaría los grandes males derivados de la contratación de gravosos empréstitos públicos, destinados a afrontar las tareas ingentes de la industria petrolera. En fin, a pesar de los grandes incentivos y ganancias que permitió el régimen gomecista a las concesionarias extranjeras para que invirtieran en Venezuela, así como del aprovechamiento abusivo que hicieron los jerarcas del régimen, hubiera sido imposible que arrancara y alcanzara vuelo esa industria en el país sin el sistema de concesiones. Esa fue la cruda realidad.

El sistema de concesiones, afinado en la operatividad de empresas extranjeras, duró muchos años, a través de los cuales fue mejorando indeteniblemente la participación del Estado, del personal venezolano y de la economía interna. Por esta razón, el experto petrolero Aníbal Martínez ha dicho que durante el período 1951-1958, se descubrieron casi 150 campos nuevos, a pesar del gobierno militar de esos años, por lo que se ha llamado a ese período, según Martínez, “la etapa de oro de la exploración”. En el año 1957, después del otorgamiento de las vituperadas concesiones de 1956, añade Martínez, “se descubrieron más campos y se completaron más pozos que en ninguna otra época”.

Bajo el sistema concesional, se produjo la reforma legislativa de 1943, que para muchos dio un impulso decisivo al incremento de la

participación del Estado y de los técnicos venezolanos en el negocio, lo cual fue acompañado con la modernización de la tributación a través de la creación del impuesto sobre la renta. Este avance consistente puso el camino para la reforma legislativa decretada por la Junta Revolucionaria de Gobierno que asumió el poder en 1945, con la implantación del fifty-fifty y otros beneficios, pero siempre dentro del marco institucional de las concesiones. De allí que Rómulo Betancourt, líder de esta etapa reformista, hablara en la prensa de “venezolanización del petróleo” y no de “nacionalización”, porque conocía los límites precisos de la realidad.

A lo largo de todo el período de las concesiones, la industria del petróleo tuvo un enorme desarrollo, el cual se encuentra documentado, pues no sólo se expandió la capacidad instalada e incrementó la producción, hasta llegar a ser Venezuela uno de los principales productores y exportadores de petróleo del planeta, sino que contemporáneamente se fue ensanchando la participación del país en la renta y en el manejo de la industria, a pesar del desafío tecnológico y financiero. Se multiplicaron las refinerías en territorio venezolano. En 1958, la Junta de Gobierno a cargo decretó el aumento de la participación del Estado en la renta al 66% de las utilidades de la industria. En el período 1958-1998, se continuó el avance de la toma de control nacional de la industria: se crea la OPEP; se crea la Corporación Venezolana del Petróleo y aparecen las empresas privadas nacionales de servicios; se reserva al Estado la distribución interna del gas y combustibles; se implantó la fijación unilateral de los valores referenciales de exportación; se crearon muchos institutos universitarios y técnicos para la formación del personal nacional de la industria, se crearon varios institutos de investigación del más alto nivel para afrontar el reto tecnológico; se desarrolló el Instituto Venezolano de la Petroquímica y el complejo del Tablazo; se dictó la ley de reversión para anticipar el final de las concesiones; a partir de 1975, comienza la nacionalización negociada de la industria, se constituye PDVSA y el conglomerado de las operadoras nacionales, sustitutivas de las concesionarias, se celebran los convenios de servicios con estas últimas para compensar la desventaja tecnológica; se lleva a cabo la internacionalización de la industria nacionalizada, con la adquisición de múltiples refinerías en el exterior, y se lleva al máximo la

productividad del grupo petrolero estatal, hasta el punto que PDVSA llegó a ser considerada “la segunda transnacional petrolera del mundo”.

Frente al relativo agotamiento del modelo estatizador desarrollado con la nacionalización, en los años noventa se inicia la llamada “Apertura Petrolera”, con la cual se pretendía incorporar nuevamente la inversión privada nacional e internacional a la industria estatal y así superar la baja en las actividades de exploración y la merma tecnológica de esta última. Se ensayan las asociaciones y las alianzas de ganancias compartidas, para la exploración a riesgo, y los convenios operativos para la recuperación de las áreas en agotamiento productivo, con la adopción de algunos elementos jurídicos muy similares a los del contrato de concesión. Se trataba de buscar tecnología de punta y financiamiento externo para una industria en apuros.

No obstante que a lo largo del período 1958-1998, no dejó de influir la leyenda negra de las concesiones (política de no concesiones) y la leyenda blanca de la nacionalización petrolera, podría decirse que todo transcurrió evolutivamente y siempre fueron afrontadas con sensatez las dificultades de la industria, a fin de evitar su decadencia. Según el decir de José Ignacio Hernández, se pasó en la industria petrolera del pensamiento jurídico propietario y rentista, pasando por el intervencionismo regulador, al pensamiento jurídico estatista y monopolista, de modo creciente.

A partir del Siglo XXI se genera una nueva e intensa leyenda negra. Con la exorbitada pretensión voluntarista de “refundar la República” y de crear un “hombre nuevo socialista” se va a desconocer todo el pasado republicano desde 1830, lo cual, desde luego, incluía la refundación de la industria petrolera nacional construida a lo largo del Siglo XX, con la obsesión fantasiosa, una vez más, de la “plena soberanía”. Aunque al comienzo de esta etapa se asomó un intento de apertura con la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, con la idea de las “empresas mixtas”, a partir de 2006 el gobierno arremetió contra la apertura petrolera en busca de una “renacionalización” de la industria, envalentonado con el auge de los precios internacionales del petróleo. Se derogan todas las formas jurídicas de la apertura, a las que se acusa de concesionales, y se impone coercitivamente el esquema de las empresas mixtas con control estatal, se implantan las migraciones obligatorias, se

monopoliza la exportación del petróleo en PDVSA, se multiplican los litigios con las empresas contratistas por la violación de los convenios, se expropia la red nacional de empresas privadas de servicio, se intensifica el monopolio de la comercialización interna, se diversifica el objeto del holding petrolero estatal para asignarle tareas asistencialistas, se crea multitud de fondos para la administración discrecional de la renta petrolera al margen del régimen presupuestario nacional, y se disuelven los entes de investigación y desarrollo tecnológico nacional. El resultado: la caída brutal de la producción, la merma de la tecnología, la obsolescencia y deterioro de la capacidad instalada, el cierre de las fuentes de financiamiento internacional, la expulsión o deserción del personal gerencial y técnico, la partidización absoluta del empleo, la quiebra de las empresas, enorme corrupción, etcétera. ¿Será posible mantener la leyenda blanca de la soberanía petrolera?

Con este dramático panorama afrontamos el Foro del día de hoy, sobre el Presente y el Futuro de la Industria Petrolera. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales agradece a los conferencistas su disposición de discutir con franqueza los temas de esta convocatoria, propiciada por la oportuna aparición de la obra del profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas.

Muchas gracias por su atención.

Marzo de 2018.

ORGANISMOS Y PROCEDIMIENTOS EN EL CAMPO DE LAS DEMANDAS DE LAS EMPRESAS INVERSIONISTAS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS. DRA. HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.

SUMARIO

I. Importancia del tema. II. Organismos que conocen de las demandas de los inversionistas contra los Estados. 1. CIADI . 2. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París. 3. El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. 4. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés). 5. Síntesis de la labor de los organismos que operan en el Arbitraje Internacional de Inversión. III. Vías sustitutivas de los Centros de Arbitraje Internacional de Inversión. 1. La reforma del CIADI. 2. La incorporación de jueces asociados en los máximos tribunales nacionales que conozcan de las demandas de los inversionistas. 3. La creación de un tribunal supranacional. Ya existen algunas experiencias en el campo del Derecho Internacional de tribunales supranacionales. IV. Críticas al Arbitraje Internacional de Inversión. tiene ningún sustento sólido. V. Anexosntil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés).

I. IMPORTANCIA DEL TEMA

Hay una contradicción histórica en algunos de los países en vías de desarrollo que, siendo propietarios de valiosísimos yacimientos de hidrocarburos, la explotación de los mismos es realizada a través de grandes empresas transnacionales mediante concesión u otro medio facultativo de tal actuación.

Más temprano o más tarde los países quieren realizar por sí mismos la actividad productiva (desde la exploración-extracción; hasta la explotación y la comercialización) y para lograrlo, desplazan a las empresas que estaban operando en tales campos, utilizando al efecto algunos de los medios coactivos de derecho público, constituidos, entre otras, por las figuras que se enuncian a continuación:

- Las expropiaciones;
- Los arreglos “unilaterales”;
- Las nacionalizaciones;
- Las confiscaciones.

Es lo anterior la razón fundamental por la cual las empresas, que se consideran lesionadas económicamente por los Estados, los demandan estimando que, hacerlo ante los organismos jurisdiccionales de éstos, como lo prevé el **principio de inmunidad de jurisdicción**, solo les permitiría obtener sentencias parcializadas.

Para superar la situación aludida, han surgido diferentes medios destinados a ofrecer sentencias ajenas al nacionalismo de los tribunales locales.

II. ORGANISMOS QUE CONOCEN DE LAS DEMANDAS DE LOS INVERSIONISTAS CONTRA LOS ESTADOS

¿Cuáles son los órganos destinados a conocer de las reclamaciones contra los países? Los más importantes en América-Europa son: el

CIADI; CNUDMI (UNCITRAL); la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Centro Internacional de Arbitraje.

Los organismos señalados operan fundamentalmente mediante árbitros, cuyo sistema de actuación constituye lo que se denomina “Arbitraje Internacional de Inversión”.

Un somero análisis de los organismos precedentemente señalados nos permite conocer sus lineamientos generales, así:

1. CIADI

Bajo la palabra CIADI está la designación de dos diferentes elementos:

A. CIADI- El “Convenio”, esto es, **el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y nacionales de Otros Estados.**

B. CIADI el organismo, esto es, **el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión.**

A. CIADI- El “Convenio”, -que entrara en vigor el 14 de octubre de 1966-, cuando fue ratificado por veinte países, fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), quienes, el 18 de marzo de 1965, sometieron el Proyecto de Convenio, con un informe adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial, para su consideración y su eventual firma y ratificación.

Motivos para la creación.

1. El Convenio partió de la consideración de que era necesaria la cooperación internacional para el desarrollo económico, materia en la cual desempeñan un importante papel las inversiones internacionales de carácter privado.

2. Los proyectistas se basaron en el hecho de que, constantemente, surgían diferencias entre los Estados Contratantes y los Nacionales de otros Estados Contratantes, con relación a dichas inversiones y, aun cuando tuvieron en cuenta que tales diferencias se sometían a sistemas procesales nacionales, opinaron que, en ciertos casos, el empleo de métodos internacionales de arreglo, podía ser más apropiado para encontrar solución a las diferencias.

3.- Fue así como estructuraron sistemas de **conciliación** y de **arbitraje internacional**, destinados a que los Estados contratantes y los nacionales de otros estados, sometiesen a ellos sus diferencias.

B. CIADI: El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión.

Este centro está destinado, fundamentalmente, a dictar reglas procesales aplicables a la **conciliación y al arbitraje**.

Nuestro país, mediante la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, se sometió al sistema de arbitraje internacional contemplado en dicho Convenio. La ley Aprobatoria del Convenio fue publicada en la Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994.

Ahora bien, el 25 de enero de 2012, Venezuela denunció el Convenio CIADI.

Efectos de la denuncia

- a. El retiro solo surte efecto a los seis meses de su notificación;
- b. La denuncia del Convenio no afecta a los titulares de derechos y obligaciones de quienes interpusieron demandas en contra del Estado.
- c. Los juicios pendientes seguirán su causa normal y deben ser atendidos hasta su definitiva conclusión.
- d. Las reclamaciones o demandas contra el Estado, que sean planteadas antes de cumplirse los seis meses antes aludidos, deben ser atendidas por el demandado.
- e. En el caso de que el Estado demandado abandone los juicios incoados en su contra, éstos continuarán en *ausencia*, sin que se puedan presentar defensas y alegatos, pudiendo el demandante solicitar que se abrevien los lapsos, y asimismo, que sean acordadas medidas cautelares en contra del demandado.
- f. El Estado demandado no podría solicitar la nulidad de los eventuales laudos, aun cuando estén afectados de vicios, si deja de atender el curso del proceso.
- g. Los funcionarios que hayan omitido las actuaciones de defensa procesal, estarán sometidos a las responsabilidades de los daños sufridos por el Estado, al cual pertenecen derivados de tal omisión.

2. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París.

Esta Corte es el más importante de los organismos creados por la Cámara de Comercio Internacional, fundada en 1923.

El CCI se rige por el Reglamento de Arbitraje en vigor desde el 1 de enero de 1998. Tiene el Reglamento una cláusula modelo que se recomienda asumir en todos los arbitrajes en la cual las partes deben indicar: el derecho aplicable al contrato; el número de árbitros; la sede y el idioma del arbitraje. El Reglamento del CCI solo limita la libertad de las partes a fijar los anteriores datos.

Debemos recordar que las decisiones de la CCI corresponden a la Corte Internacional de Arbitraje de dicha Cámara de Comercio. Los miembros de la Corte son nombrados por el Consejo de la CCI. La función de la Corte es solucionar mediante arbitraje las controversias de carácter internacional surgidas en el ámbito de los negocios comerciales. Hay que tener presente que el procedimiento ante la Corte es diferente a los restantes procedimientos arbitrales, al punto que en los actos de dicho organismo, no podrán participar sino las partes, esto es: los jueces y los funcionarios de la Corte.

3. El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

Este instituto fue creado en 1917. Se rige por un Reglamento de Conciliación de 1988; por el procedimiento y los servicios establecidos en el Reglamento de la CNUDMI y, asimismo, por un Reglamento de Arbitraje Acelerado (1995) y por su Reglamento de Arbitraje en materia de seguros (1996).

4. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés).

Fue creada por las Naciones Unidas en 1966. Esta Comisión se rige por un Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, dictado el 28 de abril de 1976 y, por la Ley Modelo de Arbitraje de dicho organismo de 1985.

5. Síntesis de la labor de los organismos que operan en el Arbitraje Internacional de Inversión.

El procedimiento ante los organismos señalados, se denomina **Arbitraje Internacional de Inversión** el cual está destinado a permitir que un Estado soberano sea demandado por un particular cualquiera, siempre y cuando el mismo tenga el carácter de inversionista de otros estados signatarios del acuerdo del CIADI o de otro Convenio específico. Esta función del CIADI y de los restantes organismos citados, constituye la gran derogatoria del principio de la “*inmunidad de jurisdicción de los Estados*”, por el sometimiento de los mismos a tribunales arbitrales a los cuales pueden ser llevados por los inversionistas (particulares) que hubiesen realizado inversiones en el país signatario del Convenio y, se encontrasen insatisfechos de la actuación del Estado receptor de la inversión, ante las pretensiones que deducen en su contra.

III. VÍAS SUSTITUTIVAS DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN.

¿Cuáles podrían ser las vías sustitutivas? Ante las críticas que ha sufrido el sistema del Arbitraje Internacional de Inversión se han planteado las siguientes vías sustitutivas:

1. **La reforma del CIADI.** La misma ha sido enfocada en el sentido de que se den los pasos siguientes:

a. Que el CIADI se separe del Banco Mundial para eliminar la reacción negativa de los Estados ante la vinculación del CIADI con el Fondo Monetario Internacional;

b. Que el CIADI se constituya en un tribunal permanente, o bien, conforme varios tribunales permanentes;

c. Que se establezcan procedimientos claros y transparentes eliminándose las lagunas, sobre todo las que atañen a la fase fundamental del proceso, esto es, a las llamadas **cuestiones previas**, en especial la relativa a la jurisdicción. Asimismo que se acuerde la apelación del laudo o la ampliación del recurso de nulidad previsto contra el laudo arbitral a fin de hacerlo más flexible.

2. La incorporación de jueces asociados en los máximos tribunales nacionales que conozcan de las demandas de los inversionistas. Esta tesis fue expuesta por quien suscribe en el voto salvado contra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 17 de agosto de 1999, que acogiera, ampliamente, el arbitraje como medio de dilucidar las controversias entre inversionistas y estados. Al efecto, como medida sustitutiva sugería la aplicación de la figura del **juez asociado**, contenida en los artículos 118 al 124 del Código de Procedimiento Civil venezolano para obviar las críticas a la jurisdicción nacional.

La proposición alude a la posibilidad en cualquier instancia de que el tribunal se constituya con dos jueces más para dictar la sentencia definitiva. Con tal sistema se propicia la celeridad de la decisión y la incorporación de juristas ilustres e imparciales propuestos por la contraparte de la República, lo cual fortalece la transparencia de la causa. Este sistema en el Arbitraje de Inversión ofrecería a los inversionistas extranjeros mayor seguridad y confianza en un tribunal nacional por cuanto el mismo se conformaría con otros jueces diferentes de los nacionales.

3. La creación de un tribunal supranacional. Ya existen algunas experiencias en el campo del Derecho Internacional de tribunales supranacionales. Así:

a. Está el modelo de la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, que es un organismo de las Naciones Unidas que conoce de las controversias relativas a la soberanía de los Estados.

b. Otro caso es el del **Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**, que es de naturaleza regional, creado para servir a los estados miembros del originario “*Acuerdo de Cartagena*”.

c. Otro caso es el del **Tribunal Administrativo de la OIT**, con sede en Ginebra, que conoce de las cuestiones en materia funcional de los empleados de los organismos de las Naciones Unidas, así como de otros organismos internacionales, por cuanto **dicho tribunal tiene jurisdicción abierta**.

d. Podemos citar también a la **Organización Mundial de Comercio** que también dispone de un tribunal arbitral.

e. Se puede citar igualmente al Tribunal de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial OMPI, que tiene su sede en Ginebra.

f. Ejemplo muy conocido es el de los **tribunales internacionales sobre Derechos Humanos** ubicados uno en Estrasburgo y otro, en San José de Costa Rica y, finalmente está el Tribunal Penal Internacional, derivado del Convenio de Roma, que tiene su sede en la Haya.

g. **Creación de un Centro Regional de Arbitraje.** Esta es una solución propuesta en sede de la UNASUR.

h. **Creación de varios tribunales regionales.** Podrían constituirse mediante un tratado que posibilite la creación de estos tribunales regionales.

IV. CRÍTICAS AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN.

1. La necesidad de que exista una decisión prioritaria de las cuestiones de forma, sobre las de fondo, sin que se permita como ahora, la posibilidad de la simultaneidad o paralelismo procesal de ambas cuestiones.

2. Desconocimiento de una regla esencial del proceso como es la preclusión, que es lo que da lugar al principio de la cosa juzgada. Así, por ejemplo, jueces que han decidido durante el juicio mediante un laudo previo sobre jurisdicción, admiten que se replanteen los mismos puntos en las actuaciones que siguen.

3. La imposibilidad de alegar la “litispendencia” a pesar de que existan otros juicios iguales entre las mismas partes.

4. La inexistencia de la apelación, creando indefensión en la parte perdedora.

5. Los vicios que derivan de la falta de institucionalidad del juez que no es “*funcionario*” y, en consecuencia carece de la responsabilidad de tal, ya que se trata de un particular que asume una función “cuasi-jurisdiccional” o jurisdiccional en forma transitoria.

6. La ausencia en el árbitro de una investidura que, de por sí, intente garantizar la imparcialidad y amplitud de criterio del juez.

7. La admisión de algunos centros arbitrales de medidas cautelares, que son contrarias a la naturaleza meramente cognoscitiva del arbitraje. En efecto, en los regímenes de CIADI y CNUDMI, los tribunales arbitrales pueden recomendar a los jueces nacionales, acordar embargos y secuestros de la más variada naturaleza, en cualquier parte

del mundo, como fuera el caso de la “*Mareva injunction*,” interpuesta contra PDVSA por la ExxonMobil en Londres (Reino Unido), país con el cual no existía para el caso, ningún factor de conexión con Venezuela y que, incluso, la ejercieron también en Holanda y en las Antillas Neerlandesas que se encontraban con respecto a nuestro país en situación análoga a la señalada en el caso de Inglaterra.

8. La recusación de uno de los jueces es sometida al propio tribunal arbitral, lo cual atenta contra la imparcialidad de la decisión ante la inevitable solidaridad entre dichos jueces. Es muy difícil que un organismo colegiado declare con lugar la recusación de uno de sus integrantes. Baste apreciar los escasísimos casos de recusaciones declaradas procedentes. Este, por otra parte, es uno de los temas de más fuertes críticas en contra del sistema, sobre todo, si se toman en cuenta los más recientes ejemplos de árbitros que se niegan a inhibirse aun cuando resulte evidente su parcialización.

9. La inexistencia de un sistema de tribunales (primera, segunda instancia) **impide que exista una verdadera jurisprudencia**, por cuanto los tribunales varían (se constituyen y se desvanecen al concluir el caso). No hay una jurisprudencia del tribunal, por cuanto el tribunal no existe, lo cual favorece la posibilidad de que los laudos sean contradictorios.

10. La aceptación del abuso de la personalidad jurídica de las empresas que permiten que, por ejemplo, ExxonMobil, siendo la más americana de todas las sociedades norteamericanas, se presente en juicio con la capa de “caperucita holandesa”, por haber inscrito una empresa fantasma en un país neerlandés permitiéndosele disfrutar de los privilegios que acuerda un tratado bilateral de inversión existente entre el demandado y dicho país. En efecto, la consideración de la personalidad jurídica como un concepto inquebrantable frente al cual se escudan los inversionistas extranjeros, hoy en día no tiene ningún sustento sólido.

V. ANEXOS

Los arbitrajes pendientes ante el CIADI de empresas multinacionales contra Venezuela, en materia de reclamaciones de dichas empresas contra el Estado, en materia de hidrocarburos.

CIADI

Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (CIADI Caso No. ARB(AF)/17/4)

Objeto de la disputa: Lubricant production facilities.

Sector económico: Otras industrias.

Instrumento invocado: BIT Netherlands - Venezuela, República Bolivariana de 1991.

Reclamante: Venoklim Holding B.V. (Dutch).

Demandado: Bolivarian Republic of Venezuela (Venezuelan).

Registro: September 25, 2017.

Representante de las partes

Reclamante: Jiménez & Liévano Abogados, Bogotá, Colombia.

Demandado: Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, Mexico City, Mexico, and New York, NY, and Washington, D.C., U.S.A. Procuraduría General de la República.

Estatus del proceso: Pendiente.

Última actuación: 16 de enero de 2018 - Tras el nombramiento del Demandado, Gabriel Bottini (Argentina) acepta su nombramiento como árbitro.

Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CIADI No. ARB (AF) / 14/1)

Objeto de disputa: Concesión minera.

Sector económico: Petróleo, gas y minería.

Instrumento(s) invocado(s): BIT Venezuela, República Bolivariana de - Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte 1995.

Nacionalidad:

Reclamante: Anglo American PLC (británico).

Demandado: República Bolivariana de Venezuela (Venezuela).

Fecha de registro: 10 de abril de 2014.

Fecha de constitución del Tribunal: 2 de octubre de 2014.

Composición del Tribunal

Presidente: Yves DERAÏNS (francés) - Nombrado por las partes **Ár-**

bitros: Guido Santiago TAWIL (Argentina) - Nombrado por el / los Demandante (s) y

Representantes

Reclamante: Baker & McKenzie Barcelona S. L. P., Caracas, Venezuela y Freshfields Bruckhaus Deringer, Washington, D.C., U.S.A., Londres, Reino Unido.

Demandado: Foley Hoag, Washington, D.C., EE. UU y Procuradora General de la República, Caracas, Venezuela.

Estado del procedimiento: Pendiente.

Último desarrollo: 28 de abril de 2017: cada parte presenta una presentación sobre los costos.

Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivarian Republic of Venezuela (CIADI Caso No. ARB/10/9)

Objeto de disputa: Empresa de petróleo y gas **Sector económico:** Petróleo, gas y minería **Instrumento (s) invocado (s):** BIT España - Venezuela, República Bolivariana de 1995.

Nacionalidad Reclamante: Universal Compression International Holdings, S.L.U. (Español) **Demandado:** República Bolivariana de Venezuela (Venezuela).

Fecha de registro: 12 de abril de 2010.

Fecha de constitución del Tribunal: 3 de noviembre de 2010.

Composición del Tribunal

Presidente: J. William ROWLEY (británico, canadiense) - Nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo.

Árbitros: Brigitte STERN (francés) - Nombrado por el demandado (s) Guido Santiago TAWIL (Argentina) - Nombrado por el / los Demandante (s).

Representantes

Reclamante: King & Spalding, Washington, D.C., EE. UU. Norton Rose, S.C., Caracas, Venezuela.

Demandado: Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, Nueva York, NY, EE. UU y Procuraduría General de la República, Caracas, Venezuela.

Estado del procedimiento: Pendiente.

Último desarrollo: 7 de febrero de 2017: la suspensión del procedimiento se prorroga hasta el 31 de marzo de 2017, de conformidad con el acuerdo entre las partes.

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/30).

Objeto de disputa: Empresa de petróleo y gas **Sector económico:** Petróleo, gas y minería **Instrumento (s) invocado (s):** BIT Países Bajos - Venezuela, República Bolivariana de 1991 - Ley de Inversiones - Venezuela (1999).

Nacionalidad:

Reclamante: ConocoPhillips Golfo de Paria B.V. (holandés), ConocoPhillips Hamaca B.V. (holandés), ConocoPhillips Petrozuata B.V. (holandés).

Demandado: República Bolivariana de Venezuela (Venezuela).

Fecha de registro: 13 de diciembre de 2007.

Fecha de constitución del Tribunal: 23 de julio de 2008.

Composición del Tribunal

Presidente: Eduardo ZULETA (colombiano) - Nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo.

Árbitros: L. Yves FORTIER (Canadá) - Nombrado por el (los) Demandante (s) Andreas BUCHER (Suiza) - Nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo.

Composición inicial del tribunal Presidente: Kenneth KEITH (Nueva Zelanda).

Árbitros: L. Yves FORTIER (canadiense) Ian BROWNLIE (británico).

Reconstituido: 1 de febrero de 2010: Georges ABI-SAAB (egipcio) nombrado tras el fallecimiento de Ian BROWNLIE (británico) 10 de agosto de 2015: Andreas BUCHER (suizo) nombrado tras la renuncia de Georges ABI-SAAB (egipcio) 22 de abril de 2016: Eduardo ZULETA (colombiano) nombrado tras la renuncia de Kenneth KEITH (Nueva Zelanda).

Representantes:

Reclamante (s): Freshfields Bruckhaus Deringer, Nueva York, NY, EE. UU. Tres coronas, Londres, U.K.

Demandado (s): Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, Nueva York, NY, EE. UU.; Ciudad de México, México; Buenos Aires, Argentina; y Milano, Italia y Procuraduría General de la República, Caracas, Venezuela.

Estado del procedimiento: Pendiente.

Último desarrollo: 19 de septiembre de 2017 - 21 de septiembre de 2017: el Tribunal celebra una nueva audiencia sobre quantum en Washington, D.C.

**PDVSA Y EL BCV, DEL ORO NEGRO
A LA LEYENDA DEL DORADO.
PROF. JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS* ,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello; LL.M in Common Law de Georgetown University; Especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello; Aspirante al título de Doctor en Ciencias mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela (carga académica completa); Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (electo); Profesor de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela; Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor Invitado del IESA; Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero (1994-1999); Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (2003-2007); Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público; Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Industria Comercio y Servicios de Caracas. Ganador del Premio a la mejor obra jurídica – Profesionales – (2014-2015) otorgado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

De acuerdo con el Portal Petroguía, la deuda de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) con el Banco Central de Venezuela (BCV) se inicia en el año 2010, habiendo alcanzado para el año 2012 la cantidad de Bs. 165.465 millones.

El 6 de diciembre de 2013, el economista José Luis Saboín señalaba en el diario “El Nacional” que, el financiamiento del Banco Central de Venezuela a Petróleos de Venezuela, S.A. sumaba 65 millardos de dólares, una cifra que triplicaba las reservas internacionales y que según los especialistas había sido la principal responsable de la alta inflación registrada para ese momento en el país.

El 14 de enero de 2014, el periodista Víctor Salmerón, reportaba en el periódico “El Universal” declaraciones del para entonces Presidente de PDVSA y Vicepresidente del Área Económica, Rafael Ramírez, según las cuales, la estatal petrolera transferiría al Banco Central de Venezuela parte de los derechos de explotación de oro que le habían sido otorgados a cambio de saldar la deuda que con él registraba.

No obstante aquella declaración y a la operación que efectivamente se concretó en diciembre de 2013, el endeudamiento de la estatal petrolera con el ente emisor continuó, aumentando según Petroguía para el año 2015 en un 38% al llegar a la cantidad de Bs. 970.129 millones y según el Economista José Manuel Puente para el año 2016 había aumentado en un 496%.



Dejando de lado la reseña periodística y los datos estadísticos, a los fines de entrar de lleno al ámbito de lo jurídico, procederemos a analizar la manera en que aquel anuncio gubernamental terminó concretándose y cuáles fueron sus implicaciones legales.

De manera resumida y esquemática el Ejecutivo Nacional procedió a esos fines en los siguientes términos:

El 16 de septiembre de 2011, el Presidente de la República. Hugo Rafael Chávez Frías, habilitado por la Asamblea Nacional, reservó al Estado la exploración y explotación del oro.

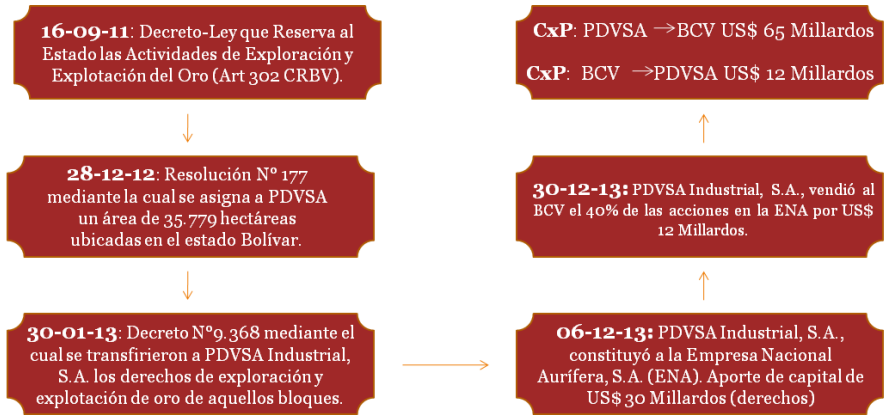
El 28 de diciembre de 2012, el Ministerio de Petróleo y Minería asignó bloques auríferos en el Estado Bolívar a PDVSA Industrial, S.A., con una extensión de 35.779 hectáreas.

El 30 de enero de 2013, el Presidente de la República dictó decreto, transfiriéndole a PDVSA Industrial, S.A. el derecho a explorar y a explotar esas áreas.

El 6 de diciembre de 2013, PDVSA Industrial, S.A. constituyó a la Empresa Nacional Aurífera; S.A. a cuyo capital social aportó aquellos derechos de exploración y explotación previa su valoración en 30 millones de dólares.

El 30 de diciembre de 2013, PDVSA Industrial, S.A. vendió al BCV el 40% de las acciones en la Empresa Nacional Aurífera, S.A. por 12 millones de dólares, reconociéndose entre la estatal petrolera y el ente emisor la compensación de sus deudas recíprocas (Pagaré/Precio de Venta de acciones).

Las operaciones que integran el entramado contractual concebido a los fines de dotar a la estatal petrolera de fondos adicionales y para saldar la deuda que para ella representó su participación en el mismo, procedemos a esquematizarla cronológicamente como sigue.



Muchos de los temas que involucra la operación antes descrita no encontraban regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico ni habían sido mayormente desarrollados por la doctrina patria, de allí que nos dispusimos a abordarlos minuciosamente en el deseo de efectuar aportes que contribuyeran a determinar la validez de tan particular proceder del gobierno nacional.

A esos fines comenzamos por analizar el tema de la Titularidad de los yacimientos mineros.

De acuerdo con el artículo 12 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), tanto los yacimientos mineros como de hidrocarburos, pertenecen a la República, calificándolos de bienes del dominio público, por ende, ajenos al tráfico jurídico, no susceptibles de ser enajenados, transferidos o gravados.

Mientras los minerales forman parte del yacimiento pertenecen a la República y califican como bienes del dominio público de la Nación, una vez extraídos, pierden aquel carácter y su titularidad depende del esquema de explotación adoptado por el Estado.

En el caso del oro, hasta 2015, una vez extraído el mineral éste era de venta obligatoria a la República, después de esa fecha, de venta

obligatoria al BCV, salvo que por autorizaciones conferidas por el Presidente de la República pueda ser vendido a terceros.

Más allá de la naturaleza jurídica de los yacimientos y del mineral de ellos extraído, resultaba igualmente necesario adentrarse en la caracterización de los derechos a explorar y explotar minerales transferidos por el Estado a las empresas de su total propiedad o mixtas.

Aunque referido al caso de las concesiones, se ha considerado que el concesionario se hace titular de un derecho real administrativo inmobiliario, el de explorar y explotar un yacimiento.

Un derecho real es aquel derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío sobre una cosa determinada con efectos *erga omnes*.

Cuando el derecho real recae sobre un bien inmueble, se le califica por su objeto, como un derecho real inmobiliario, que además es administrativo al depender en su nacimiento, reconocimiento y efectos de un acto típicamente administrativo.

Es un derecho que tiene como contrapartida una serie de obligaciones, está sujeto a controles y directrices, además de ser temporal.

La implementación de esta parte de la operación global concebida e implementada pudiera esquematizarse en los siguientes términos:



Podría concluirse que los derechos transferidos en el caso de la actividad aurífera califican como ocurre con las concesiones, de derechos reales inmobiliarios administrativos, sólo que, al mediar una reserva y un decreto de transferencia, no son susceptibles de tráfico jurídico (inalienables, inejecutables e inembargables).

En aquel contexto surgen varias interrogantes, la primera de ellas, si era posible para PDVSA Industrial, S.A. aportar al capital social de la Empresa Nacional Aurífera, S.A. los derechos de exploración y explotación del oro que le habían sido transferidos por el Estado venezolano.

Como hemos señalado, la existencia de una reserva de la actividad minera, el ejercicio por parte del Estado a través de empresas de su total o parcial propiedad y, el carácter de bienes del dominio público de la Nación que tienen los yacimientos, conducen a sostener que tampoco tienen cabida en el tráfico jurídico los derechos que encierra el Decreto de Transferencia, siendo ello posiblemente la razón por la que nunca han sido reconocidos como parte del patrimonio de empresas como las operadoras petroleras.

Sostiene el doctor Alfredo Morles Hernández que:

“El capital social es un requisito esencial para la constitución de la sociedad anónima, puesto que los acreedores sólo cuentan con el patrimonio de la sociedad para la satisfacción de sus créditos. Para asegurar la existencia real (integridad) de ese capital, la ley regula varias situaciones, mediante un conjunto de normas de interés público, concebidas en función de protección de los terceros.¹”

Aportar al capital social de una compañía anónima como la Empresa Nacional Aurífera, S.A. un bien catalogado de real inmobiliario administrativo, este es, el derecho de exploración y explotación de oro, no se alinea con el fin asignado al capital social de una compañía anónima, en tanto esos derechos no pueden ser utilizados para responder a las pretensiones de los acreedores de la entidad.

Más allá de la titularidad de los yacimientos y de la naturaleza jurídica de los derechos de exploración y explotación de minerales,

¹ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. Las Sociedades, Caracas, UCAB. 1986.

resultaba igualmente necesario adentrarse en el análisis de la figura del Decreto de Transferencia, especialmente por en él haberse facultado a PDVSA a transferir a su vez los derechos transferidos.

Cuando el Estado ejerce una actividad reservada en el sector aurífero por intermedio de un tercero (PDVSA Industrial, S.A.), al igual que ocurre con el petrolero, dicta un Decreto de Transferencia.

La figura de la “Transferencia”, no encuentra en nuestro ordenamiento jurídico desarrollo o regulación alguna, simplemente se alude a ella en leyes como las aquí comentadas, como el mecanismo a través del cual se faculta a una empresa del Estado o a una empresa mixta, el ejercicio de una actividad reservada.

Como antecedente a la “Transferencia”, existió bajo la vigencia de la Ley de Hidrocarburos de 1967, la figura de la “Asignación”, siendo hasta cierto punto su equivalente en la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975, la “Atribución”.

La “Asignación” de la Ley de Hidrocarburos de 1967, para José Román Duque Sánchez, es una figura de Derecho Público, en virtud de la cual y mediante la aprobación del Congreso Nacional, se efectúa la transferencia de derechos reales de exploración y explotación de hidrocarburos a entes públicos en áreas determinadas, *pero sin que tales derechos puedan ser luego enajenados, gravados o ejecutados*².

La Asignación, era a los entes del Estado como la concesión es a los particulares, difiriendo, como ya señalamos, entre otras, en que la Asignación no podía ser enajenada, ejecutada o gravada, en tanto la concesión es cedible, gravable y ejecutable. Al igual que la Asignación, la Transferencia no es susceptible de actos de disposición.

La figura de la “Transferencia” podría pensarse, tiene por objeto el ejercicio de una actividad industrial-comercial que no se encuentra dentro de las llamadas competencias administrativas ni constituye un servicio público, sin embargo, según sentencia N° 1.892 del 18 de octubre de 2007 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el ejercicio de la actividad petrolera no es equiparable al simple ejercicio

² DUQUE SÁNCHEZ, José Román. Manual de Derecho Minero Venezolano. UCAB. Tercera Edición, Caracas. Editorial Sucre, 1974, p. 269.

de una actividad económica como las susceptibles de ser ejercidas por los particulares, razón por la cual, son más bien equiparables al ejercicio de una competencia administrativa.

Ante el vacío registrado en nuestro ordenamiento jurídico en torno a la figura de la “Transferencia” y con base en lo sostenido por nuestro Máximo Tribunal en cuanto a la naturaleza jurídica del ejercicio de la actividad petrolera, en el intento por ahondar en la naturaleza jurídica de la “Transferencia”, ha de recurrirse a la analogía, resultando para ello la figura más próxima la de la delegación administrativa.

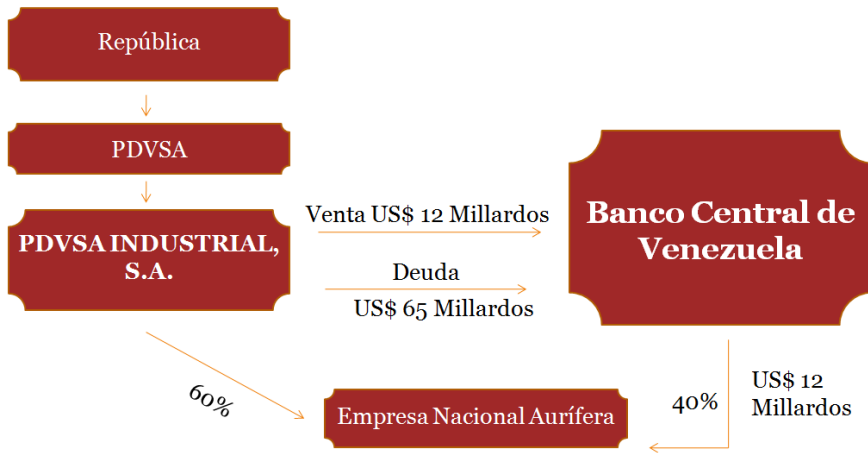
En el Derecho Administrativo, la delegación administrativa es una transferencia del ejercicio de la competencia mediante una manifestación volitiva del órgano superior (delegante) al órgano inferior (delegado).

La transferencia del derecho a ejercer una actividad reservada pareciera tratarse entonces de un acto administrativo dictado por el Ejecutivo Nacional bajo la forma de decreto, mediante el cual se confiere unilateralmente a una empresa propiedad exclusiva del Estado o a una empresa mixta, la posibilidad de llevar a cabo actividades que han sido reservadas por ley a favor del Estado.

De tratarse el decreto de transferencia de una modalidad de delegación administrativa como lo señalamos, una de sus notas características sería la de que el delegado no puede disponer de la competencia delegada. Esta prohibición se encuentra expresamente contemplada en el numeral 3 del artículo 35 de la Ley Orgánica de Administración Pública.

La posibilidad contemplada en el Decreto de Transferencia de que PDVSA pudiera ceder a su vez los derechos a ella transferidos, como en efecto lo hizo a favor de la Empresa Nacional Aurífera, S.A., resultaba así, contraria a derecho.

Más allá de los impedimentos, hasta el momento expuestos, otros obstáculos se presentaban para llevar a cabo una operación como la aquí analizada, entre ellos, los relativos a la posibilidad para el BCV de asumir la condición de accionista de la Empresa Nacional Aurífera, S.A., como en efecto terminó ocurriendo.



De acuerdo con el artículo 37 de la LBCV del 7 de mayo de 2010 vigente para el momento en que se implementa la operación comentada, estaba prohibido al ente emisor ser titular de acciones en sociedades de cualquier naturaleza, salvo el caso de empresas cuyo objeto principal estuviera directamente relacionado con las actividades específicas o necesarias para las operaciones del Banco, así como cuando se tratara de empresas que el BCV en resguardo de su patrimonio, recibía en pago de créditos que hubiere concedido o adquiriera en virtud de ejecución de garantías.

Por su parte, el artículo 5 de la LBCV de 2010, disponía que el objetivo fundamental del ente emisor era lograr la estabilidad de precios y preservar el valor de la moneda.

El papel que juega el oro en materia de política monetaria de cualquier país es innegable, en tanto de la tenencia que de éste se registre depende en buena medida el respaldo de la moneda local en circulación, así como se miden los niveles de las reservas internacionales de la Nación.

No vemos, sin embargo, vinculación alguna entre el ejercicio de la actividad minera con la política monetaria y la búsqueda de la estabilidad de precios encomendada al BCV, siendo ello tan cierto que nunca en su historia el ente emisor había incursionado en ese campo, habiendo podido ejercer, sin embargo, perfectamente su rol.

La pretensión de PDVSA de vender al ente emisor las acciones de la Empresa Nacional Aurífera, S.A. no encontraba, a nuestro entender, cabida a la luz del régimen legal al que estaba sujeto el ente emisor, ya que la exploración y explotación de oro no están directamente relacionadas con actividades específicas o necesarias para sus operaciones.

Las objeciones a la operación materia de esta exposición no se agotan en las ya señaladas, correspondiendo el turno ahora a la compensación como medio de extinción de deudas recíprocas entre entes públicos.



El artículo 77 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, consagra bajo el Título “Privilegios y Prerrogativas de la República”, que

“En ningún caso es admisible la compensación contra la República, cualquiera sea el origen o la naturaleza jurídica de los créditos que se pretendan compensar, salvo lo establecido en el Código Orgánico Tributario”.

Esta norma, ha sido entendida no sólo como que no es posible oponer la compensación contra la República a los fines de declarar extinguida las deudas que la involucren, sino que tampoco le es posible a ella oponerla a sus acreedores. Este privilegio de la República, que es también restricción, obedece a razones presupuestarias no susceptibles de ser relajadas, salvo ciertos casos de excepción que aquí no encuentran cabida. Tampoco es posible oponer la compensación respecto de deudas recíprocas que se registren entre entes de la Administración

Pública (PDVSA-BCV). Dado lo anterior, mal pudo recurrirse a la compensación como medio de extinción de la obligación que tenía la estatal petrolera con el BCV (Pagaré-Precio de Acciones).

La imposibilidad de efectuar actos de disposición respecto de los derechos de exploración y explotación de oro transferidos a PDVSA Industrial, mediante su transferencia a otros entes; la imposibilidad de aportar al capital social de una sociedad mercantil bienes reales inmobiliarios administrativos; la prohibición que recaía sobre el BCV de hacerse accionista de una entidad como la Empresa Nacional Aurífera y, la improcedencia de la compensación como medio de extinción de deudas entre entes de la administración pública, vician de nulidad el proceder del Ejecutivo Nacional.

Existen, sin embargo, en nuestra opinión razones para considerar que es intención del Gobierno Nacional reproducir el esquema comentado, muestra de lo cual lo representan los siguientes hechos.

En Gaceta Oficial N° 40.663 de fecha 19 de mayo de 2015 apareció publicada la reimpresión de la Resolución N° 177, en la que, casi cuatro años después, se subsanaba un “error material”. Se agregaban así, dos bloques más al área asignada a PDVSA, el Bloque Sifontes Sur y Sifontes Norte, ampliándose de 35.779 hectáreas a 43.418 hectáreas. Los 30 millardos de dólares de la valoración original de aquella asignación, pasaron, obviamente, a una cifra superior que dará margen para cubrir otra porción de deuda de la estatal petrolera con el BCV.

Nicolás Maduro en ejercicio de la habilitación que le había sido conferida por la anterior Asamblea Nacional concretó dos reformas a la Ley que Reserva la Exploración y Explotación del Oro, una, el 18 de noviembre de 2014 y, otra, el 30 de diciembre de 2015.

Frente a las numerosas objeciones jurídicas que había encerrado la operación celebrada entre el BCV y PDVSA antes comentada, pareciera evidente la intención que tuvo el legislador habilitado de reforzar legalmente el esquema que había liberado a la estatal petrolera de la difícil situación financiera que atravesaba en 2013.

Fue así como en el Decreto-Ley dictado en 2014:

Se contempló la posibilidad para el BCV de asociarse con empresas de exclusiva propiedad del Estado para llevar a cabo actividades auríferas.

En la reforma del 30 de diciembre de 2015, el Ejecutivo Nacional amplió el ámbito de la reserva incluyendo a cualquier otro mineral que a su discreción calificara como estratégico y, adicionalmente estableció que:

El BCV podía participar como accionista en empresas mixtas dedicadas a la actividad minera y;

La posibilidad de aportar al capital social de esas empresas mixtas el derecho transferido de explorar y explotar minerales.

En esa misma fecha, 30 de diciembre de 2015, Nicolás Maduro reformó la LBCV, incluyendo:

Como política del ente emisor el desarrollo de actividades mineras vinculadas al oro, en asociación con la República o empresas de su propiedad, como expresión de la actividad pública para la consecución de los cometidos esenciales del Estado y la satisfacción de los intereses supremos del colectivo, sin que ello constituya actos de gestión o comercio para dicho banco y;

La posibilidad para el BCV de ejercer la actividad aurífera en condición de accionista de sociedades mercantiles.

Finalmente, el pasado 27 de marzo de 2017 se dictaron decretos en los que se declaran como minerales estratégicos a los diamantes, al cobre y a la plata.

Las reformas legales señaladas, en medio de tantas objeciones jurídicas al proceder del Ejecutivo Nacional de 2013, nos hace preguntarnos si con ello lo que se busca es contar con un medio dirigido a saldar nuevas deudas asumidas por la República, PDVSA y otros entes descentralizados, con el ente emisor, mediante el control de la cuantificación de las reservas minerales; la calificación de su carácter estratégico; la valoración del derecho a explorarlas y explotarlas y; la posibilidad de aportarlas al capital social de empresas, total propiedad del Estado o mixtas, en las que pueda intervenir el BCV, quien verá pagadas sus acreencias con las acciones que adquiera en aquellas entidades.

¿Será ésta acaso la materialización de la Leyenda de El Dorado que permitirá al Estado venezolano seguir endeudándose para luego pagar con espejitos y cuentas de colores?

Frente a esa posible estrategia, vale recordar las sabias palabras de Montesquieu, con las que ponemos fin a esta intervención:

“Si las leyes no se cimientan en la justicia y la equidad, lejos de ser el fundamento de la libertad, ellas serán el apoyo y sostén de la más dura y odiosa tiranía, pues no hay tiranía más detestable que la que se ejerce a la sombra de la ley y so color de justicia”.

BIBLIOGRAFÍA

- Duque Sánchez, José Román. Manual de Derecho Minero Venezolano. UCAB. Tercera Edición, Caracas. Editorial Sucre, 1974.
- Morles Hernández, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. Las Sociedades, Caracas, UCAB. 1986.

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA
GALARDONADA CON EL PREMIO
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
MENCIÓN PROFESIONALES 2014-2015:
RÉGIMEN JURÍDICO
DE LA ACTIVIDAD PETROLERA
EN VENEZUELA - ACTIVIDAD PETROLERA
Y FINANZAS PÚBLICAS EN VENEZUELA.**

**AUTOR:
PROF. JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

**PALABRAS DE PRESENTACIÓN A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Es un honor para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales celebrar este acto de presentación de la obra del doctor Juan Cristóbal Carmona Borjas, que fue galardonada con el premio otorgado por esta institución a los profesionales, correspondiente a los años 2014-2015, habiendo recibido los mayores elogios del jurado respectivo. En lo particular, es para mí motivo de inmenso gozo presidir este acto, debido a la profunda relación académica, gremial y de amistad personal que me une al doctor Carmona desde los años noventa del pasado siglo, cuando él cursaba la especialización en derecho financiero en la Universidad Católica Andrés Bello. Antes de esa época, había disfrutado de una fructífera relación profesional y de calurosa amistad con su padre, el doctor Jesús Ramón Carmona, en mis tiempos como joven abogado al servicio de la Procuraduría General de la República.

Con orgullo me permito decir que he sido prologuista de dos de las obras del doctor Carmona Borjas. La primera de ellas dedicada a los aspectos fiscales de la descentralización administrativa y en especial a la frustrada Ley Orgánica de la Hacienda Pública Estadal, instrumento legislativo de gran densidad técnica en el cual destacó la labor de redacción del doctor Carmona, en la cual influyó la experiencia que tuvimos él y yo, junto con otros miembros de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, con ocasión de la preparación de la ponencia presentada por esa Asociación a la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la distribución de las potestades tributarias y el capítulo relativo al Sistema Tributario. La segunda obra prologada, sobre los aspectos temporales de la ley tributaria en el ordenamiento jurídico venezolano, en la cual destacó el conocimiento del doctor Carmona en la solución de los problemas planteados por materias tan sensibles como la distinción entre las normas sustantivas y adjetivas, los tributos periódicos y la norma de transitoriedad, la pérdida de vigencia de las leyes, las vicisitudes

de las reformas legales, la irretroactividad de la ley, la prescripción, el traspaso de las pérdidas derivadas del ajuste por inflación, las sanciones tributarias y los intereses. Fueron ocasiones privilegiadas para conocer su obra e incrementar mis conocimientos.

En esta oportunidad, la Academia se complace en presentar la que podría ser la obra cumbre del doctor Carmona Borjas, con prólogo del Académico Humberto Romero Muci, la cual está comprendida en dos densos volúmenes y bajo dos respetables títulos: “Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela” y “Actividad Petrolera y Finanzas Públicas en Venezuela”. La obra contiene un panorama bastante completo de la industria de los hidrocarburos en Venezuela, principalmente en sus aspectos jurídicos y tributarios, pero sin descuidar sus aspectos geológicos, técnicos e históricos, destacando la profundidad del análisis en los temas abordados por el autor.

Carmona Borjas nos introduce con buen estilo literario en la suerte que ha deparado el petróleo a nuestro país: “Mucho se ha dicho en torno a la pauta que ha marcado el petróleo en el destino de Venezuela, para lo bueno y para lo malo. Desde el inicio de la explotación comercial de ese recurso natural del que fue abundantemente dotado nuestro país, éste se convirtió en un ingente receptor de recursos públicos que han mantenido a la población y a los gobiernos, en una montaña rusa que se alimenta insaciablemente de un combustible que los embriaga sin dejarlos avanzar, sólo subir, para volver a bajar”.

Esta embriaguez de la que nos habla Carmona, alude a una obsesión que se apodera de productores y consumidores del llamado “oro negro”, a la cual hacía referencia el expresidente Rómulo Betancourt en discurso pronunciado en el Congreso Nacional, con ocasión de la nacionalización petrolera en el año 1975. Betancourt echaba mano de un cuento escuchado por él: “Resultó que estalló en el aire un avión ejecutivo en el que iban diez dirigentes de grandes compañías del aceite negro. Eran católicos y contribuían generosamente a obras pías. San Pedro no sabía que parte de esa generosidad se debía a que deducían del impuesto sobre la renta lo que donaban para orfanatos y hospitales. Llegaron al cielo y continuaban hablando exclusivamente de petróleo, hasta que uno de ellos, muy fastidiado de ese monocorde discurrir, hizo correr la noticia de que en el infierno había petróleo. Unos, después

otros, los jefes del aceite negro fueron saltando del Paraíso, poblado de santos y querubines, a las tinieblas y a las pailas hirvientes donde reina Lucifer. San Pedro le preguntó a uno de los que quedaba, precisamente al inventor de la conseja: **¿Por qué se van hacia el infierno?** -Es que yo estaba fastidiado de su conversación con el sólo tópico del petróleo e hice correr esa noticia, respondió. Hasta que un día quedaba uno sólo, el inventor del cuento. Cuando vio San Pedro que iba a dar también su salto olímpico, le dijo: **¡Pero si usted sabe que es mentira!** Y él lanzándose en las tinieblas concluyó: **A lo mejor es verdad.**”

Betancourt, tomando cita de un autor, afirmaba: “...es que el petróleo despierta las peores pasiones, hace nacer en los hombres de negocios una avidez más devoradora que la pasión del oro e incita a los hombres de Estado a seguir designios maquiavélicos”. Qué pensaría hoy en día el expresidente Betancourt de un gobierno que se lanza al abismo y somete a toda la población de un país a depender exclusivamente del ingreso petrolero, abandona la consigna de “sembrar el petróleo” y destruye a todos los demás sectores de la economía nacional. Nosotros diríamos que los que tanto denunciaban la dependencia del petróleo, terminaron lanzándose y lanzando al país entero al infierno.

Sólo nos queda apostar por el éxito editorial de la obra de Juan Cristóbal Carmona y para que el país entero encuentre en ellas el camino de rectificación de sus desatinos.

Muchas gracias.

13 de marzo de 2018.

**PRESENTACIÓN DE LA OBRA A CARGO
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI,
PRIMER VICEPRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

La circunstancia de la Venezuela de hoy es, sencillamente, catastrófica. Vivimos una tragedia humanitaria, social, institucional, de seguridad, y por supuesto, también, una tragedia económica. La sistematicidad de la destrucción nacional es inédita.

La ruina económica y el fracaso del proyecto político autocrático que pretende imponerse por la fuerza y por el terror, queda en evidencia fehaciente con el desgaste del nivel de vida de los venezolanos, la hambruna, la enfermedad, el descalabro del aparato productivo, la caída del producto interno bruto en más del 30%, desde 2014 (solo el 12% en el año 2017), la inflación desbocada en más de cuatro dígitos 2600% en 2017 (la más alta del mundo), la pulverización del tipo de cambio oficial en 1.233% desde marzo del 2017 hasta marzo de 2018 (según la más reciente publicación de resultados emitidos por el Comité de Subasta de Divisas).

La destrucción del país no es fortuita. Se han empleado diversos medios, pero hay uno en particular que puede identificarse como instrumento fundamental que facilitó, más bien financió, paradójicamente, la destrucción nacional: el mal manejo o el despilfarro de la renta petrolera.

Desde el reventón del pozo petrolero Zumaque I, en 1914, ya hace más de una centuria que la realidad venezolana no puede ser pensada, ni explicada, sin referirla a los hidrocarburos. Una situación bifronte, bendición y maldición a la vez. Una situación en la que la riqueza petrolera ha servido para promover el desarrollo del país, pero a la vez, su mala administración ha pervertido sus finanzas, convirtiéndola en una economía rentista y mono-productora, altamente vulnerable a la coyuntura internacional y a la volatilidad de los precios del petróleo. Esta situación, paradójicamente, ha empobrecido a la población y ha convertido al país en una nación convulsa e inestable, como lo comprueba su doliente actualidad.

La verdadera riqueza de un país no puede medirse por la dotación de recursos naturales que la Providencia le haya deparado, sino por la labor de sus pobladores en aprovechar y construir su sociedad sobre tales cimientos. La riqueza de Venezuela en recursos naturales es innegable, pero para hacerla efectiva en su paso hacia las arcas del Tesoro Nacional y de éste a los venezolanos, es necesario un esfuerzo mucho mayor que la sola extracción, transformación y comercialización del hidrocarburo. Es necesaria, por, sobre todo, la ***institucionalización de la gestión financiera de los recursos obtenidos***.

Para enfrentar tan compleja realidad, la fuerza ordenadora del Derecho es una pieza fundamental. Pero en el caso venezolano su efectividad ha sido pobre, evidenciada, además, en una menguada oferta académica, en una reducida bibliografía y en la precaria existencia de especialistas en la materia. Más grave aún resulta que haya sido poco explorada en el ámbito jurídico la vinculación entre el petróleo y las finanzas públicas. Este hecho ha sido probado en los últimos tiempos con una degradación de la institucionalidad fiscal, en la que el Derecho ha sido empleado como subterfugio para financiar proyectos políticos, en desmedro de la debida canalización de los ingresos públicos en beneficio de la población venezolana.

En ese contexto, la publicación de las obras que hoy presentamos, ***Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela y Actividad Petrolera y Finanzas Públicas en Venezuela***, representan una contribución inestimable para arribar a un diagnóstico certero de la situación jurídico-financiera del sector petrolero venezolano. En ellas se hace un recuento de la evolución del manejo jurídico de la explotación de los hidrocarburos durante el siglo XX y lo que va del XXI, así como las modalidades de generación de la renta petrolera, las políticas que las presiden y los problemas jurídicos que han implicado. Con sobrada razón y merecimiento estas obras fueron galardonadas con el Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2014-2015, respaldadas por la convicción que tenemos de que se constituirán en referencia obligatoria a nivel académico y profesional, sobre un tema tan relevante y poco explorado en Venezuela.

Su autor, el abogado Juan Cristóbal Carmona Borjas, aborda la temática centrándose en la reciente y atribulada historia venezolana. Con

especial minuciosidad escudriña el papel que han jugado el petróleo y el Derecho en la consolidación del proyecto político en los gobiernos presididos por Hugo Chávez Frías y Nicolás Maduro Moros. El autor analiza y desnuda las diversas medidas adoptadas, sus intenciones y cuestiona la validez jurídica de muchas de ellas y, sobre todo, demuestra la perversidad del proyecto político de dominación financiado con los recursos petroleros. En síntesis, la obra nos ofrece las claves jurídicas para entender cómo en 18 años, se destruyó la industria petrolera y se despilfarraron más de 905 mil millones de dólares, y porque paradójicamente, hoy el país está arruinado económicamente.

Juan Cristóbal Carmona Borjas es hoy un consagrado hacendista público. Así lo comprueban esta publicación, resultado de su innegable capacidad intelectual, su dominio experto del mundo petrolero y de las finanzas públicas por cerca de treinta años y, sobre todo, el claro sentido ético con el que siempre ha asumido el estudio y la práctica en este específico y complejo sector de la ciencia jurídica.

Ha protagonizado como (i) abogado interno de la Industria Petrolera Nacional (trabajó en Maraven, S.A. filial de Petróleos de Venezuela), (ii) fue asesor externo de importantes transnacionales dedicadas a la explotación de hidrocarburos en el país, (iii) fue parte del equipo de auditoría externa de la estatal petrolera, (iv) ha sido asesor de los Poderes Públicos Nacional, Estatal y Municipal, (v) es profesor en las principales casas de estudios de Venezuela en materias vinculadas a las finanzas públicas, (vi) es conspicuo líder gremial, habiéndose desempeñado como Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario y de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero.

A tales fines comienza por precisar en qué consiste la llamada renta petrolera, cuáles son sus componentes, las reglas jurídicas que la rigen, las dudas y problemas que encierra, el peso que tiene en las finanzas públicas y las tendencias doctrinales y jurisprudenciales desarrolladas en el país al respecto, todo lo cual constituye un aporte sin precedentes en la historia jurídica de Venezuela.

Se analizan en profundidad todos los tipos rentísticos vinculados a la actividad de hidrocarburos: desde los dividendos por participación accionaria, pasando por las regalías, las ventajas especiales, los bonos exigidos a los socios privados en las empresas mixtas, los tributos

previstos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH), las Contribuciones Especiales sobre Precios Extraordinarios y Exorbitantes del mercado internacional de los Hidrocarburos, el Impuesto sobre la Renta (ISR), el Impuesto al Valor Agregado (IVA), las exacciones parafiscales y el Impuesto municipal sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios y de índole similar (ISAE). Se destacan temas tan trascendentales como el de la naturaleza jurídica de las mencionadas “Contribuciones Especiales”, el impacto del límite impuesto por la ley que las regula, respecto del cálculo de las regalías y de los tributos previstos en la LOH, la cuestionada legalidad de las exoneraciones en materia de ISR respecto de los bonos de deuda emitidos por PDVSA, la posible violación de la legalidad tributaria por el otorgamiento de beneficios fiscales a las empresas mixtas mediante acuerdos emanados de la Asamblea Nacional, que no cumplen con las exigencias de la reserva legal, los principales reparos formulados por la Administración Tributaria a las empresas petroleras en los siglos XX y XXI, el llamado gasto social de PDVSA y la problemática de su deducibilidad de la base imponible del ISR.

Un tema especialmente revelador del manejo político de la renta petrolera es el relativo a las llamadas contribuciones especiales por precios extraordinarios y exorbitantes en el mercado internacional de los hidrocarburos.

El autor arriba a la conclusión de que éstas “contribuciones” participan realmente de la naturaleza jurídica de un impuesto, razón por la cual su afectación al Fondo de Desarrollo Nacional, S.A. (FONDEN) constituye una violación del Principio de la Unidad del Tesoro. Esta ilegalidad compromete la validez íntegra de los recursos mal asignados, en infracción del artículo 36 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP). Esta norma prohíbe tanto destinar el producto de algún ramo de ingreso para atender el pago de determinados gastos, como predeterminar asignaciones presupuestarias para atender gastos de entes o funciones estatales específicas, salvo las afectaciones constitucionales y las permitidas por la citada ley, una de las cuales consiste, precisamente, en lo recaudado por contribuciones especiales, mas no por impuestos.

Otra sección de especial relevancia contenida en la publicación es la relativa a la práctica instaurada durante varios años de subestimar el precio del barril de petróleo al elaborar el Proyecto de Ley de Presupuesto Nacional. La desnaturalización y el abuso de la figura de los créditos adicionales, su impacto en el cálculo del Situado Constitucional y de las Asignaciones Económicas Especiales y el substrato legal que ha pretendido crearse a tales fines, constituye sin lugar a duda, la prueba más fehaciente de la manipulación de la relación entre la política de Estado, el negocio petrolero y el Derecho. Esto evidencia claramente las maniobras del régimen para financiar sus despropósitos políticos.

La creación de presupuestos paralelos, entre otros, el Fondo para el Desarrollo Económico y Social del País (FONDESPA), el ya citado FONDEN, el Fondo Chino-Venezolano, Fondo Miranda, Fondo Independencia 200 y, más recientemente, el Fondo Simón Bolívar para la Reconstrucción, han supuesto la canalización de alrededor de US\$ 302 millardos desde 2004 hasta el 2016, según la organización Crisis Venezuela. Estos recursos, según Carmona Borjas, no se consideran parte del presupuesto de la Nación, a pesar de nutrirse, directa o indirectamente, de la renta petrolera.

Esta patológica dispersión de recursos públicos ha incidido en la disminución de aportes al Tesoro Nacional por la vía de la tributación y participaciones patrimoniales. Ha impactado la ejecución presupuestaria y menguando la gestión financiera de la descentralización territorial. No menos grave, generó un ambiente caracterizado por la falta de control: fuente fecunda de anarquía y de corrupción.

Por otro lado, muy importante, el autor denuncia la omisión del BCV desde el año 2003, para fijar el llamado “**tipo de cambio de referencia**”, esto es, el tipo de cambio utilizado para la valoración de las transacciones que representan ingresos, gastos, activos y pasivos en moneda extranjera de PDVSA y sus filiales. Este vacío ha servido para subestimar el ingreso petrolero, con implicaciones contables, tributarias y mercantiles. La aplicación ambigua, antojadiza de tipos de cambio oficiales diferentes, envilece las condiciones de fiabilidad, comparabilidad y comprensibilidad de la información contable de PDVSA y compromete la representación de la imagen fiel de su efectiva situación patrimonial.

Así será el vacío y la distorsión acumulada, que 14 años después, el BCV mediante aviso del 23 de marzo de 2017, fijó dicho tipo de cambio oficial al sector Petrolero en Bs. 10 por dólar norteamericano, pero solo para la determinación de la base imponible de los tributos internos aplicables a las actividades primarias de hidrocarburos. Por el contrario, para el resto de la economía se fijó un tipo de cambio oficial flotante (llamado tipo de cambio DICOM), en ese entonces en Bs 2.200 por dólar norteamericano, esto es, una diferencia de 220 veces. Esta práctica estranguló la actividad económica externa, sumando presiones a la inflación e incrementando los incentivos para el arbitraje especulativo, a expensas de las actividades productivas del país¹. Hoy día con la entrada en vigor del Convenio Cambiario No 39, el sector petrolero está sujeto a la aplicación del nuevo valor del DICOM, cuya última cotización fue de Bs. 49.656 por Euro, y Bs. 40.000 por Dólar de los Estados Unidos de América, esto es, una diferencia proporcional de 4000%.

Finalmente, destacan las consideraciones acerca del endeudamiento de la Industria Petrolera Nacional. El autor señala que desde su fundación PDVSA se autofinanció o recurrió muy excepcionalmente al endeudamiento, que en los últimos años ha experimentado un crecimiento de importantes dimensiones. PDVSA ha recurrido no sólo a préstamos bancarios, sino también, a la emisión de bonos, tanto en bolívares como en dólares, que han generado importantes cuestionamientos por parte de sectores especializados en materia financiera y política. El nivel de compromisos asumidos y su destino, han exacerbado las críticas sobre el camino seguido por la estatal petrolera, especialmente en su relación con el Banco Central de Venezuela. Para mucha causa principal de los escandalosos niveles de inflación registrados últimamente.

El endeudamiento de PDVSA con el BCV en 2013 sumaba 65 millardos de dólares. Esa cifra triplicaba las reservas internacionales a la fecha. El autor nos acaba de explicar la manipulación jurídica y el subterfugio contable efectuado por el BCV en sus estados financieros, para extinguir parcialmente dicha deuda, por US\$ 12 millardos, mediante dación en pago del 40% de las acciones de PDVSA Industrial,

¹ Pronunciamiento de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, del 31 de mayo de 2017.

S.A, en la Empresa Nacional Aurífera (ENA). Mediante este subterfugio el Banco Central de Venezuela se hizo propietario, en violación de su propia Ley, de acciones de una sociedad ajena a su objeto, pero en particular de activos que no son susceptibles de disposición por tratarse de bienes inalienables, inidóneos para integrar el capital social de dicha entidad, a cambio de las sumas de dinero que, sin respaldo real, prestó a PDVSA para financiar sus dispendios.

Sin dudas, hay que matizar con el autor que detrás de la concepción del “gasto social” directo de PDVSA y de la paraфiscalidad de los gobiernos de Chávez y de Maduro, se modificó drásticamente el mecanismo tradicional de funcionamiento del Estado. Al suprimirse la clásica unidad del tesoro y la planificación presupuestaria, además, se utilizaron la fiscalidad y el gasto público en claro *dirigismo*, con fines clientelares, de dominación artera sobre el individuo. Mediante estos subterfugios se anuló *ex professo* el estatuto de ciudadano y se le impuso, desde la necesidad y la penuria, el estatuto de menesteroso, supremamente dependiente del poder.

En este contexto, solo me queda lamentar, diciendo que, cuando un gobierno actúa sin que nadie lo detenga, con un sistema de justicia cooptado por el *partido de gobierno*, que no controla sus actuaciones, sino que las defiende y legitima, que gasta a su antojo y no rinde cuentas y, finalmente, un Banco Central que financia todos sus caprichos en detrimento de la población, el resultado no puede ser otro que la ruina del país.

Por eso, las obras *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera y Actividad Petrolera y Finanzas Públicas en Venezuela*, por su temática, alcance y profundidad, califican como un aporte inestimable a la bibliografía jurídica y económica venezolana. No tengo dudas que constituirá una referencia obligada en el análisis de las actuaciones del Estado y en la concepción de políticas hacendísticas en el país. Igualmente, una fuente de apoyo en la formación académica de estudiantes de pregrado y postgrado. Así, se les dará su justa importancia al petróleo y las finanzas públicas, temas que marcan el destino de Venezuela. Finalmente, lo más importante, constituye una hoja de ruta para la **reinstitutionalización de las finanzas públicas petroleras**.

Ese esfuerzo reinstitucionalizador debe pasar por restablecer el control de cuentas, el control de legalidad y de oportunidad del gasto público, por reivindicar las antiguas reglas que impedían a PDVSA abrogarse la función social del gasto público propia del Ejecutivo Nacional o al BCV para financiar directamente al Estado o a empresas públicas o privadas. Recuperar las funciones constitucionales de todo este andamiaje jurídico, para vigilar las cuentas y el manejo del dinero público, son presupuestos políticos del restablecimiento del Estado de Derecho y de la Democracia. Ya bien lo decía Benjamín Constant: **“[el control y la justa redistribución] del dinero [...] son el freno más poderoso contra el despotismo, contra la prepotencia del Estado y el uso político-partidista de los caudales públicos”**.

El lector de esta obra podrá fácilmente comprender esta exhortación. Solo nos resta invitarlos a su lectura y a comprobar los múltiples aciertos que la califican como una contribución fundamental, cumpliendo con el anhelo del autor –que es el anhelo de todos los venezolanos de conciencia- para, finalmente, materializar el potencial del petróleo como instrumento de progreso, un instrumento **“... [que] impuls[e] la consolidación de una verdadera ciudadanía, real sustento del desarrollo del país”**.

Señoras, señores, por su atención y paciencia, muchas gracias.

**RECUPERACIÓN DEMOCRÁTICA, ACUERDO
SOCIAL Y TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL
(LA EXPERIENCIA DE 1958).
3 DE ABRIL DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

MANIPULACIÓN DE LA HISTORIA NACIONAL

El tema del evento de hoy, referente a la experiencia política surgida a partir del año 1958, nos lleva a analizar cómo ha sido manipulada la historia nacional, al servicio de los intereses políticos dominantes en cada época de nuestra historia. La historiografía nacional, en especial, la de procedencia oficial u oficialista, ha sido de combate político e ideológico, destinada más al control del Estado y de la sociedad que a la pedagogía colectiva y a la unidad nacional de los venezolanos, con una lamentable carencia de objetividad y de lealtad con los hechos. Como consecuencia, ha dado lugar a una interminable dialéctica de leyendas negras y blancas acerca del pasado, acrílicas y definitivamente falsas, que ha tenido el efecto deletéreo de interrumpir el progreso acumulativo de la historia constitucional e impedido la formación natural de la identidad nacional, con grave perjuicio de la autoestima popular.

La ideología del *puntofijismo*, asociada con la democracia representativa, el sistema de partidos y el Estado de Derecho, se monta sobre la leyenda negra del oprobioso régimen de la década militar comprendida entre 1948 y 1958, simple interrupción de la república democrática, y con desconocimiento absoluto de sus posibles logros de desarrollo físico del país, y construye la leyenda blanca de la Revolución de Octubre, según la visión de sus líderes y de la prédica del partido Acción Democrática, fuente de todos los bienes colectivos y republicanos alcanzados por la nación hasta el momento de su aparición.

La ideología del *puntofijismo*, representativa de la Generación de 1928, niega todo valor a la apertura del post-gomecismo, es decir a los períodos de los presidentes López Contreras y Medina Angarita, etapa que califican como el ocaso del gomecismo, derivando esta creencia en la leyenda negra de la hegemonía de los andinos, gobernantes

u opositores, militares o civiles, haciendo de esta hegemonía la negación absoluta de la libertad y del progreso.

Con anterioridad, la Revolución Liberal Restauradora y su Evolución Rehabilitadora, presididas por los generales Cipriano Castro y Juan Vicente Gómez respectivamente, recogieron el rechazo del país a la hegemonía del *liberalismo amarillo* y a los llamados partidos históricos (liberal y conservador) para implantar la ideología del positivismo político del caudillo único y de la fuerza organizada, bajo los auspicios del culto bolivariano. “Los nuevos hombres, los nuevos ideales y los nuevos procedimientos” es un slogan que anuncia el entierro del liberalismo, en su versión posterior a la Guerra de la Federación, y su secuela enorme de corrupción, anarquía y disgregación, vivida por la nación a lo largo de cuarenta años. Lo cual no excluye una etapa de transición de alianza con los partidos históricos.

La Federación y su cohorte de caudillos liberales amarillos invocaron la democracia tumultuaria para derrocar a la oligarquía paecista o conservadora, a la cual combatieron hasta el exterminio físico, generando la leyenda negra del paecismo y del godismo y la leyenda blanca y esplendorosa de la Federación y de la república liberal, entendida en su versión estatista, según la prédica de los fundadores del partido liberal venezolano de 1840. Se impuso férreamente en este largo período la dinastía de los Monagas y después la monocracia central guzmancista y el uso propagandístico original de la figura de El Libertador.

La república paecista y la fundación del Estado Venezolano en 1830, se inicia con la negación del liderazgo de Bolívar, de sus ideales constitucionales y del procerato militar. Se impone la leyenda negra del bolivarianismo y se magnifica la leyenda blanca del régimen republicano liberal puro surgido en 1811. Se proclama el regreso a la pretensión autonómica nacional levantada por el movimiento emancipatorio, se busca sustento en el antiguo orden social interno de la sociedad colonial y se aleja la élite gobernante del centralismo bolivariano y del sentimiento bélico antihispánico. Hay un nuevo *fundador de la república*, el “esclarecido ciudadano” José Antonio Páez, opuestos al dictador Bolívar y a su camarilla militar.

La ideología de la independencia, tanto o más que los ideales republicanos se basó en el odio a España y a su monarca, pero sobre todo en

la leyenda negra de la conquista y de la colonia españolas, generada no sólo por la prédica de algunos misioneros, sino por la alianza de ciertas potencias enemigas de España y destacados integrantes de la élite criolla. La guerra de independencia impuso la propaganda belicista y el odio recíproco y polarizante entre patriotas y realistas, negando todo valor a la tradición institucional del régimen municipal español y de las costumbres civiles de la sociedad colonial, hasta el extremo de requerir de nuevos mitos integradores de la nación de carácter personalista, para sustentar el nuevo orden social, que a la larga dieron origen a la estructura de poder caudillista, como solución al vacío de poder dejado por la monarquía española. Sin embargo, la estructura caudillista requirió también de una fecunda leyenda blanca republicana, que evitara el desplome del nuevo orden político y alentara la recuperación del país, sumido en la ruina de la guerra.

Volviendo al presente, durante los años transcurridos del siglo XXI hemos presenciado la generación consciente y deliberada de una horrosa leyenda negra de toda la historia republicana, desde el año 1830, a la cual ha llamado la *cuarta república*, montada sobre la leyenda blanca de la refundación voluntarista de la República, por obra de la revolución chavista y de la creación del hombre nuevo socialista. En este contexto de fantasía, el *chavismo*, el *falso indigenismo*, el *militarismo* y la *antipolítica* montaron la leyenda negra del período puntofijista (los cuarenta años de la mal llamada *cuarta república*) para implantar arbitrariamente la leyenda blanca o dorada de la *quinta república* y el *socialismo de siglo XXI*, obra del teniente coronel Hugo Chávez Frías y de sus asesores, re-escribidores de la historia patria y creadores de una nueva lengua del poder, que ha pretendido cambiar el significado de todos los conceptos inherentes a la patria, a la democracia y a la libertad. Este horroroso proceso no se ha quedado en el plano espiritual, sino que ha arrasado con la economía nacional y con las instituciones y ha entregado la conducción del país a intereses extranjeros, bajo el disfraz de un nuevo nacionalismo antiimperialista.

Por lo expuesto, se justifica un trabajo de investigación y posterior divulgación que ponga de relieve la grotesca manipulación que se ha hecho con la historiografía y con la propaganda política del relato histórico de Venezuela, que desmienta a los “sembradores de cenizas”,

como diría Augusto Mijares, con la finalidad no sólo de desenmascarar el propósito que con ello siempre se ha perseguido, sino de identificar, resaltar y difundir los valores humanos individuales y colectivos y las tendencias positivas que ha habido en la historia del país. Comencemos entonces con el relato verdadero de la democracia surgida con el 23 de enero de 1958, cuyas raíces provienen de etapas precedentes de la historia venezolana.

Muchas gracias por su atención.

LA POLÍTICA EN LA TRANSICIÓN VENEZOLANA DE 1958. DR. RAMÓN GUILLERMO AVELEDO*, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN (e).

SUMARIO

- Introducción.
- 1957, “el cielo encapotado...”.
- Fuerza y debilidad de la constitución. El artículo 104.
- Partidos debilitados superan su desunión.
- La Junta Patriótica.
- El encuentro de Nueva York.
- La vía electoral.
- La candidatura unitaria.
- El plebiscito ¿solución o error fatal?
- Iglesia: evolución de su papel.
- Fracturas y conspiraciones militares.
- Estudiantes.
- Empresarios, profesionales.
- Conclusión.
- 1958, definiciones.
- Bibliografía.

* Presidente del Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro. Profesor en las maestrías de Política y Gobierno (UNIMET) y Derecho Constitucional (UCAB).

INTRODUCCIÓN

Resultaba poco predecible el colapso del régimen dictatorial que parecía tener controlados todos los hilos del poder y neutralizados sus adversarios actuales y potenciales. Además, la crisis del canal de Suez a finales de octubre y comienzos de noviembre de 1956 ayudó al éxito de las concesiones petroleras otorgadas por el gobierno venezolano en 1956 y 1957, las cuales producirían al fisco nacional un ingreso de más de dos millardos de bolívares¹ que al cambio de 3.35 por cada dólar superaba los seiscientos millones de la divisa americana con su poder adquisitivo de entonces.² La inyección real de recursos financieros disponibles era, no obstante, era relativamente menor a otro aumento no cuantificable que era el del optimismo social por la riqueza venezolana, propio del rentismo, y la correspondiente hinchazón de las expectativas de mejoría. Sin embargo, ocurrió aquella “conjunción de factores humanos, sociales, económicos y políticos” a la cual se referiría posteriormente un político venezolano que tras seis años de exilio, ansioso pero incentivada su creencia en el carácter decisivo de 1958 por las “poderosas antenas de percepción futura” que trae la esperanza.³

También hubo acontecimientos internacionales cuya importancia no puede ignorarse. Ya era distante la caída de Perón, exiliado en Caracas desde 1955, pero en 1956 se produce la salida pactada de Manuel

¹ Vallenilla, Luis: *Auge, Declinación y Porvenir del Petróleo Venezolano*. Tiempo Nuevo. Caracas, 1973.

² 821.091 hectáreas de nuevas concesiones que representarían ellas solas la séptima parte del área total concedida para la exploración, la explotación o para ambas a varias empresas extranjeras.

³ Herrera Campíns, Luis: *Transición Política* en J.L. Salcedo-Bastardo, Luis Herrera Campíns y Benito Raúl Losada: *1958 Tránsito de la dictadura a la democracia en Venezuela*. Ariel. Barcelona-Caracas-México, 1978.

Odría del poder en Perú. Pérez Jiménez había hecho su curso de Estado Mayor en ese país y consideraba al líder militar y político peruano como un maestro. Y en Colombia, la dictadura de Rojas Pinilla entró en crisis tras la convocatoria a una Asamblea Constituyente de la cual se retiraron en protesta los miembros opositores, y en mayo de 1957, un amplio movimiento social que incluye a partidos, empresarios, Iglesia, sindicatos, organiza un paro nacional que desemboca en la renuncia del Presidente que intentaba reelegirse.

Repasaremos sus datos más relevantes en los años de 1957, último completo de la dictadura, y 1958, primero de la apertura, desde el derrumbe dictatorial hasta la elección del nuevo Presidente, el nuevo Congreso y las legislaturas estatales y los concejos municipales.

1957, “EL CIELO ENCAPOTADO...”

“El cielo encapotado anuncia tempestad” canta el himno de la Federación. En su interesante investigación acerca de la década militar, Rodríguez Iturbe cita a Gregorio Marañón en su ensayo sobre un hombre dominado por “la pasión de mandar”, “A veces éste no comete errores considerables; pero es igual; nada contiene la marea que sube. Si sobreviene un fracaso, no hay que decir que el lento flujo ascendente se convierte en tempestad”⁴.

El descontento va ganando espacio, de abajo hacia arriba. Líquido, se mete por los intersticios hasta llegar en forma de desconfianza en el futuro, el colectivo y el propio, a los círculos de poder.

FUERZA Y DEBILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN. EL ARTÍCULO 104

La constitución de 1953 tuvo muchos defectos. Su vicio de origen fue un fraude electoral, del cual surgió la Asamblea Constituyente que la dictó, cuyo quórum se logró con base en la coacción, al negarse a reconocer los resultados electorales oficiales los partidos de

⁴ Gregorio Marañón *El conde-duque de Olivares*, la pasión de mandar (1936), citado en Rodríguez Iturbe, José: *Crónica de la Dictadura Militar*. Nueva Política. Caracas, 1984.

oposición URD y COPEI. Además, en su Disposición Transitoria Segunda, promulgada el 11 de abril de aquel año, el mismo cuerpo espurio se atribuyó el poder de “organizar el Poder Público para el período constitucional que comienza el 19 de abril de 1953”, mediante la designación “dentro de los cinco días siguientes” a su promulgación al Presidente de la República, todos los diputados y senadores, los miembros principales y suplentes de la Corte Federal y la Corte de Casación, el Contralor y el Procurador y sus respectivos suplentes, los diputados principales y suplentes de todas las legislaturas estatales y los concejales principales y suplentes de todas las municipalidades.

Aunque dicha constitución omitió la disposición anti reeleccionista del artículo 193 de su antecesora de 1947, Art. 95 de la de 1936 y Art. 98 de la de 1945, no fue capaz sin embargo de revertir el logro más significativo de la carta de 1947, la elección directa del Presidente de la República. El pueblo es titular de la soberanía y “la ejerce por medio del sufragio” (Art.38) y “Los períodos constitucionales del Poder Público Nacional durarán cinco años” (Art. 42), y al respecto reza:

Artículo 104.- El Presidente de la República será elegido por votación universal, directa y secreta, con tres meses de anticipación, por lo menos, al 19 de abril del año en que comience el período constitucional, en la fecha que determine el Congreso Nacional en sus sesiones ordinarias del año inmediatamente anterior al del comienzo del respectivo período.

Se proclamará electo Presidente de la República al ciudadano que haya obtenido el mayor número de sufragios⁵.

Con ese obstáculo se encontraría la dictadura a lo largo del año de 1957, tras haber burlado los límites jurídicos formales a su poder. Y aquella sería una prueba que le resultaría insuperable.

Ante la fuerza avasallante, el Derecho puede ser letra muerta, hasta que se dan las circunstancias políticas y sociales que hacen insostenible la preeminencia del mero hecho, y la sociedad reclama legitimidad para ordenar su vida. Quienes lograron imponer su voluntad en 1948 y, también más tarde, en 1952, habiendo convocado la soberanía popular

⁵ Ver Brewer-Carías, Allan R.: Las Constituciones de Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.

y perdido, ya no pudieron hacerlo cuando se vencía el período constitucional de cinco años y, según el 104 constitucional, debían someterse de nuevo al veredicto de la “votación universal, directa y secreta”.

PARTIDOS DEBILITADOS SUPERAN SU DESUNIÓN

Golpeados por nueve años de persecución policial, diezmados por la cárcel y el exilio, silenciados por la censura estricta en los medios de comunicación, ilegalizados Acción Democrática y el Partido Comunista así como acosados y prohibida toda actividad pública en los casos de Unión Republicana Democrática y el Partido Socialcristiano COPEI, los partidos políticos venezolanos se veían en 1957 debilitados por la desorganización y la dispersión. Recientemente, el aparato adeco había sido diezmado por una ola de detenciones debido a una delación que había permitido a la SN apoderarse de los archivos del CEN clandestino.

Cierto que en ensañamiento era mayor con AD y el PCV, pero la dirigencia principal de URD estaba fuera del país. A COPEI el destierro lo impactaba fundamentalmente en jóvenes líderes cuya importancia se reconocería más adelante, pero hacia el final ya la represión alcanzaba a sus figuras más relevantes y representativas, al punto que el 23 de enero, de los miembros del Comité Nacional, Edecio La Riva Araujo es el único que en libertad y en el país y eso porque lo habían dado por muerto después de darle una paliza y dejarlo a la orilla de una carretera.

Una “situación de desmantelamiento casi absoluto” es el diagnóstico de Rodríguez Iturbe⁶ para 1957, quien cita a García Ponce y Camacho Barrios, actores y cronistas, “un profundo reflujo en el ánimo de las masas y una parálisis -obligada por el terror- en las débiles fuerzas de la resistencia”.

LA JUNTA PATRIÓTICA

Así como en 1951 adecos, comunistas, copeyanos y urredistas se reunieron en torno a la huelga universitaria, en 1957 lo hacen en la Junta Patriótica que se reúne por iniciativa del PCV, representado por Guillermo García Ponce, el dirigente de mayor jerarquía involucrado en

⁶ Rodríguez Iturbe: *Obra citada*.

la iniciativa y URD por Amílcar Gómez, Fabricio Ojeda y José Vicente Rangel. No tardan en sumarse AD, venciendo una distancia expresamente decidida como línea política, y COPEI. La primera a través de Moisés Gamero y Silvestre Ortiz Bucarán y el segundo con Pedro Pablo Aguilar quien desde comienzos de año había tenido contactos con José Francisco Sucre Figarella (AD) y José Herrera Oropeza (URD). Tras la prisión de Aguilar⁷ en julio, ingresaría Enrique Aristeguieta Gramcko. La “relativa anonimia” de los involucrados, estima Caballero, podría haberles permitió cierta libertad de movimiento útil en las horas cruciales. El ministro del Interior Vallenilla se refería a ella como “la misteriosa Junta Patriótica”.

La propuesta original en junio de 1957 de los comunistas a URD es “la constitución de un frente para luchar por estas simples consignas: 1º Amplia amnistía para todos los presos políticos, desterrados y perseguidos; 2º Elecciones mediante el voto directo, secreto y universal; 3º Formación de un gobierno respetuoso de las libertades democráticas”⁸.

La Junta se constituye “con el propósito de luchar por el respeto a la Constitución Nacional, contra la reelección de Marcos Pérez Jiménez, por la celebración de elecciones libres y por el establecimiento de un gobierno democrático, respetuoso de las libertades ciudadanas”⁹ y enseguida empieza a organizarse en distintas ciudades del país y a activarse en la distribución de volantes, manifiestos y boletines informativos, cuyo centro de motivación es la aplicación del artículo 104 de la Constitución. En los muros, amanecen graffiti con el número 104 que se convierte en una consigna subversiva. Y es que invocar la Constitución, puede ser subversivo ante la fuerza.

EL ENCUENTRO DE NUEVA YORK

Rómulo Betancourt estaba en el exilio desde 1948 y Jóvito Villalba a partir de 1952. Rafael Caldera había permanecido en el país, pero desde que su nombre empezó a sonar fuertemente como eventual

⁷ La misma suerte corre Amílcar Gómez de URD.

⁸ Caballero, Manuel: *Historia de los venezolanos en el siglo XX*. Alfa. Caracas, 2010.

⁹ Velásquez, Ramón J: *Evolución Política en VVAA Venezuela Moderna 1926-1976*. Fundación Eugenio Mendoza. Caracas, 1976.

candidato presidencial de la oposición unida en las elecciones constitucionalmente previstas para 1957, la vigilancia y el acoso policial en torno a su persona aumentaron. En agosto fue detenido en agosto por la Seguridad Nacional y mantenido incomunicado hasta su liberación después del plebiscito en diciembre, pero al llegarle la información de una próxima detención, ingresó en la Nunciatura Apostólica y solicitó asilo. Transcurrido un tiempo el salvoconducto le fue concedido, pudo viajar el 13 de enero y se encontró con Betancourt y Villalba en Nueva York.

El encuentro entre los viejos antagonistas políticos trascendía por sí mismo. Significaba dejar atrás una historia de enfrentamientos y desconfianzas mutuas, para abrirse a una deseable reconciliación nacional. Compañeros en la rebelión estudiantil de 1928, Betancourt y Villalba estuvieron juntos en la fundación del Partido Democrático Nacional en 1936, del cual serían respectivamente secretario de organización y secretario general. Luego se distanciaron. Mientras Betancourt y AD fueron abiertos opositores al medinismo, Villalba fue senador independiente con apoyo de ese sector y se opuso a la Revolución de Octubre de 1945, a raíz de la cual Betancourt asumiría la Presidencia de la Junta Revolucionaria de Gobierno. Al frente de URD será opositor durante el Trienio 1945-48.

Más joven que ambos, Caldera había liderado en la Federación de Estudiantes de Venezuela encabezada por Villalba la separación de los estudiantes católicos y la formación de la Unión Nacional Estudiantil. Una vez graduado, intenta la formación de dos partidos nuevos (Acción Electoral y Movimiento de Acción Nacional) y es elegido Diputado al Congreso por Yaracuy con apoyo de López Contreras, de cuya política eran opositores los otros dos. Aliado de AD contra el PDV de Medina y la UPV que es el rostro legal del PCV, luego de una breve pasantía revolucionaria como Procurador General de la Nación, será el más caracterizado opositor del gobierno de AD y los militares.

La trayectoria de los tres había sido más de enfrentamientos que de coincidencias. Eran los líderes de las tendencias más importantes de la política venezolana. Por eso, su reunión en Nueva York resultaba una señal auspiciosa mirando hacia el futuro. En términos de estabilidad para el país y de capacidad de un eventual nuevo experimento democrático para perdurar.

LA VÍA ELECTORAL.

El valor estratégico de la disposición constitucional que prescribía la elección directa del Presidente de la República se fue convirtiendo en un consenso del liderazgo político. Desde el exilio, dirigentes muy importantes plantean que las elecciones constitucionalmente previstas para 1957 pueden ser la puerta de salida para la situación nacional.

El líder de URD Jóvito Villalba escoge fechas históricas para sus declaraciones. El 5 de julio de ese año, declara en Nueva York, donde reside. Anuncia el acuerdo en el que vienen avanzando AD, URD y COPEI y llama a la lucha cívica a las grandes mayorías nacionales, y el 24 de julio remite un telegrama a Pérez Jiménez, el dictador que lo ha echado del país luego de su impresionante triunfo electoral de 1952. “sin violencia en el gesto ni ambición ni rencor en la intención” y le plantea una amplia amnistía “que a todos nos reconcilie” y “una prueba electoral limpia y democrática” que sustituya la usurpación por un gobierno legítimo.¹⁰

Dos días más tarde, Rómulo Gallegos, el Presidente constitucional derrocado por el golpe militar de 1948, declara al diario mexicano *Excelsior* que la oposición democrática venezolana (AD, URD y COPEI) está “prácticamente unificada” en una estrategia “que excluye la violencia y propugna la solución del problema político venezolano mediante el cumplimiento de la disposición constitucional que establece la celebración de elecciones...”¹¹

Rómulo Betancourt, líder de AD que en 1952 había defendido la abstención en la elección de la Constituyente que acabó en fraude, ha declarado desde Puerto Rico defendiendo la postura del partido “no es eliminando físicamente hombres sino sustituyendo sistemas” como se logran los cambios democráticos, “allí donde (las instituciones) han sido abolidas por la fuerza”. Y en agosto, entrega en Washington una declaración:

El anuncio de elecciones es en sí un hecho positivo. Los tres partidos políticos importantes del país han venido reclamando ese

¹⁰ Rodríguez Iturbe: *Obra citada*.

¹¹ Rodríguez Iturbe: *Obra citada*.

*anuncio, porque propician todos ellos una salida evolutiva y pacífica a la grave situación venezolana, similar a la que hubo en el Perú.*¹²

Y para último, no sólo por la cortesía que me aconseja la cercanía con él, sino en reconocimiento objetivo de que era entonces el político de menor jerarquía entre los citados, dejo el primer análisis *in extenso* de la realidad venezolana y el alegato más prolijo a favor de la ruta electoral. Me refiero al ensayo de Luis Herrera Campins *Frente a 1958*, escrito en Munich y publicado en Roma en abril de 1957.

Allí se reafirma la validez de la vía cívica. La violencia conspirativa “Perpetúa métodos de fuerza y replantea los problemas antes de resolverlos”. Revisa la Constitución y plantea poner al régimen ante ella, de modo que la reforme, de un nuevo golpe o convoque a elecciones como corresponde, lo cual sería “la vía lógica”. Para ir a ellas hay que pedir las máximas garantías “aunque solo se le den las mínimas”. Ver la cita electoral como una rendija, un intersticio “que deberá ser utilizado”, venciendo la tendencia criolla al salto, animado por la ansiedad y la impaciencia. Analiza las Fuerzas Armadas, la intención continuista de Pérez Jiménez “podría originar en poco tiempo un alzamiento castrense sin ninguna intervención civil”.

Para no agregar mucho más, que lo hay y muy interesante, dejo constancia de una línea que me sigue pareciendo sabia:

*Es necesario no temer al tiempo. Al tiempo sólo le temen los inconsistentes, los apresurados y los cobardes ante la vida.*¹³

LA CANDIDATURA UNITARIA

Para esa elección, los partidos van coincidiendo en una candidatura unitaria de la oposición, y todo apunta hacia el único de los grandes líderes civiles que permanece en el país, Rafael Caldera.

¹² Rodríguez Iturbe: *Obra citada*.

¹³ Herrera Campins, Luis: *Frente a 1958* (Material de Discusión Política Electoral Venezolana) Munich, 1957. Publicado entero en Aveledo R.G. *El Llanero Solidario*. LibrosXMarcados. Caracas, 2012.

Lo ha propuesto Luis Herrera Campins como colofón de su argumento participacionista en *Frente a 1958*. La Junta Patriótica insiste en su nombre como “candidato de unidad nacional”¹⁴. El PCV, su adversario ideológico más caracterizado, lo plantea. A su posible candidatura presidencial se refiere a raíz de su detención Luis Piñerúa Ordaz al intervenir como orador en la Cena ofrecida a Francés Grant, Secretaria General de la Asociación Interamericana Pro Democracia y Libertad y gran amiga norteamericana de la causa venezolana, el 29 de agosto en México¹⁵. Y *Venezuela Democrática*, órgano de expresión del exilio acciondemocratista lo dice en primera página de su N° 14:

*El Dr. Caldera había sido señalado como posible candidato de la oposición a la Presidencia de la República que aspiraría a capitalizar el voto de las mayorías democráticas del país en las próximas elecciones*¹⁶.

Clara la disposición de la oposición de presentarse en las elecciones, el régimen toma la decisión de evitar todo riesgo. Detiene a Caldera, tanto para impedir su acción política, como para emitir clara señal que amedrente a cualquier otro y orienta hacia el plebiscito su maniobra para “resolver” el problema que se atraviesa en el camino de sus designios.

Como se sabe la elección no se dio y en su lugar se celebró la farsa plebiscitaria. Pero el objetivo político se cumplió al quedar el régimen deslegitimado en su propia legalidad, y se avanzó en el difícil proceso unitario de la oposición.

EL PLEBISCITO ¿SOLUCIÓN O ERROR FATAL?

El 4 de noviembre de 1957, se dirige el General Pérez Jiménez al Congreso Nacional. Entre otros conceptos, asevera:

¹⁴ Velásquez, R.J.: Obra citada.

¹⁵ Frances R. Grant (1896-1993) distinguida latinoamericanista estadounidense, sus papeles son una colección especial en los archivos de la Biblioteca de la Universidad de Rutgers.

¹⁶ Citados por Rodríguez Iturbe en Crónica...

*La presencia en el poder de partidos como los que actuaron últimamente es perjudicial porque ellos no conocen a fondo los problemas nacionales ni sus soluciones, no constituyen fuerza política y son factores de desunión.*¹⁷

Y presenta un proyecto llamado de Ley de Elecciones, de acuerdo al cual “se expresará la opinión que se tenga del actual régimen”. El 6 de noviembre la prensa capitalina publica desplegado el proyecto con su exposición de motivos y, a juicio del Ministro del Interior Vallenilla, gracias a él “Será el voto popular, universal, directo y secreto el que decida acerca de la designación de los ciudadanos que han de desempeñar la Presidencia de la República e integrar la Cámara de Diputados”. Una semana después, el 13 de noviembre, el Congreso sanciona la ley mencionada, Pérez Jiménez la promulga y el día 14 aparece publicada en Gaceta Oficial. Aparte de ese proceso atropellado, la norma contiene otras disposiciones ventajistas y discriminatorias. Transcurridos un mes y un día, el 15 de diciembre, se realiza el Plebiscito. Esa noche, el Ministro del Interior declara a la prensa extranjera que el Presidente ha obtenido el 87.4% de los votos, lo cual ratifica con toda exactitud el Consejo Supremo Electoral el 20 de diciembre. De un total de votantes de 2.924.985, los votos azules (afirmativos) totalizaban 2.374.790, los rojos (negativos) 364.182 y los nulos 186.013.

“El plebiscito es una farsa” es la consigna que propaga la Junta Patriótica en sus “papelitos” que había subestimado el gobierno dictatorial, que repiten tanto los estudiantes en sus asambleas y protestas como los profesores en sus manifiestos.

De acuerdo al Profesor Eladio Hernández, para el cambio en la actitud política de las élites en ante el régimen,

*....., muchos pueden ser los motivos, pero el que se debe considerar el más importante, desde la perspectiva política que se analiza en el presente estudio, es el plebiscito convocado por la dictadura para el 15 de diciembre de 1957.*¹⁸

¹⁷ Herrera Campíns: Transición...

¹⁸ Hernández Muñoz, Eladio: *Transición en Democracia (Venezuela, 1935-1999)* facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV. Caracas, 2008.

Al hacer trampa a la Constitución y dejar “con los crespos hechos” a los voceros de la oposición democrática cada vez más unida que abogaban abiertamente por la salida electoral ¿Se había puesto el régimen una trampa a sí mismo? Estimo que sí. Y a juzgar por los acontecimientos, así fue.

IGLESIA: EVOLUCIÓN DE SU PAPEL

“Con la iglesia hemos dado, Sancho” dice Don Quijote en el Toboso y la frase se volvió lugar común en nuestro idioma, acaso con significado distinto a la intención cervantina. Es muy posible que el Ministro Vallenilla, polemista con quienes tenían la lengua y las manos atadas, lo haya recordado en 1957, a raíz de la Pastoral del 1º de Mayo escrita por Monseñor Rafael Arias Blanco y leída en los templos caraqueños.

Hasta entonces, la actitud de la Iglesia Católica había sido muy prudente, incluso un poco más, sobre todo en los primeros años de la década militar¹⁹, atrás habían quedado ejemplos como el de Monseñor Montes de Oca y falta todavía para la libertad que vino con la democracia y el *modus vivendi* de 1964. La realidad autoritaria, cerrada y vengativa ante toda opinión crítica aconsejaba cautela y, además, regía la Ley de Patronato de 1824. Ya en 1956, con motivo del Congreso Eucarístico, el enviado del Papa, Cardenal Caggiano, había advertido ante el Concejo Municipal del Distrito Federal en una perspectiva de justicia social. La riqueza de Venezuela no debería permitir que haya miseria y pobreza.²⁰ Y, dígase en su homenaje, están los editoriales de Manuel Aguirre Elorriaga en *SIC*.²¹ Desde el Pontificado, correspondencia privada insistía en los temas episcopales de legítimo interés eclesiástico y, como los editoriales referidos en la cuestión social. La actitud de la jerarquía venezolana fue evolucionando, hasta el pronunciamiento del Arzobispo de Caracas, más impactante aún por el forzado silencio imperante en la sociedad.

¹⁹ Ver Aveledo Coll, Guillermo Tell: La Iglesia y la opinión católica en VVAA Cuando las bayonetas hablan. Nuevas miradas sobre la dictadura militar 1948-1958. UNIMET-UCAB. Caracas, 2015.

²⁰ SIC de enero de 2010 reproduce “El clero en lucha”, artículo de Gabriel García Márquez de Marzo de 1958 que lo refiere.

²¹ Ver Aveledo Coll, *Obra citada*.

El papel de la Iglesia Católica tuvo gran importancia en aquel cuadro de desmoronamiento gubernamental, vencimiento del miedo en la sociedad y conformación de una potente alternativa socio-política al poder que se apreciaba invencible.

La Carta Pastoral del Arzobispo era un análisis descarnado de la grave situación de injusticia social luego de haber recibido el Estado venezolano ingresos fiscales sin precedentes. Formula su reclamo desde una perspectiva distinta a las del socialismo y el capitalismo. No se refiere a los derechos humanos ni a los derechos políticos. Pero el Ministro del Interior cita al prelado a su despacho y tras hacerlo esperar con intención de humillarlo, le reclama el contenido del mensaje y las interpretaciones para las cuales se prestaba. La respuesta de éste se enmarca en sus funciones pastorales y se sustenta en la Doctrina Social de la Iglesia.

No sería el último choque. El diario de la Iglesia *La Religión* editorializaba sobre la cuestión social y acerca de otros temas incómodos para el poder. Desde julio, los editoriales del rotativo oficialista *El Heraldo*, cuyo redactor es el ministro Vallenilla disparan críticas a los partidos políticos silenciados por la censura o la persecución, en consonancia con la línea oficial de desprestigio de la política y los políticos, “no tienen ni masas, ni mística, ni tradición”, escribe; son, por lo tanto “muertos sin doliente”. Días más tarde, el Padre Jesús Hernández Chapellín, Director de *La Religión* contestaría desde su editorial

Creer que una idea se mata con una simple acción policial, que se extingue con un “decreto”, es colocar esas ideas en el plano de las cosas materiales. Lo que acontece es que esos partidos no encuentran clima propicio para trabajar a la luz pública. Que tengan campo libre de acción y veremos si es cierta la falta de vitalidad.”²²

Antes del 23 de enero de 1958, el Padre Hernández Chapellín y otros cuatro sacerdotes acabarían presos en los calabozos de la Seguridad Nacional.

Lo que probablemente ignoraba el gobierno es que los obispos y sacerdotes venezolanos, al igual que otros religiosos y religiosas,

²² Rodríguez Iturbe: *Obra citada*.

principalmente educadores, se sentían animados por el Sumo Pontífice, cuya preocupación por Venezuela se hizo sentir en varias oportunidades²³, en consonancia con su pensamiento jurídico-social, sobre todo en *Summi Maemoris* de julio de 1950, al lado de la justicia y la verdad. Repudia el odio, la mentira, el desorden no promueve la fuerza ni la agitación sino las leyes justas, como medio para ascender al pueblo necesitado “a un estado digno del hombre”²⁴.

FRACTURAS Y CONSPIRACIONES MILITARES.

Las Fuerzas Armadas Nacionales habían sido la principal base de apoyo del régimen desde el 24 de noviembre de 1948. De un acto de las FFAANN había nacido y estas se habían mantenido leales, con escasas excepciones aisladas, a lo largo de los años y de las vicisitudes, como el secuestro y muerte de Delgado Chalbaud, la Constituyente espuria de 1952, sosteniendo sus políticas, asumiendo sus éxitos y compartiendo sus responsabilidades. En 1957, esa solidaridad también entró en crisis.

Para mediados de 1957 habría tres núcleos conspirativos, uno en los cuarteles de la Guarnición de Caracas con ramificaciones en Maracay, uno en la Fuerza Aérea en la capital aragüeña y el tercero en la Escuela Militar. En formación estaba otro más dentro de las Fuerzas Armadas de Cooperación (Guardia Nacional).

Entre los varios factores incidentes en el descontento militar estaba la creciente importancia de dos civiles en el entorno presidencial, cuyo peso e influencia se proyectaba sobre las Fuerzas Armadas porque dirigían el aparato político-represivo. Eran el Ministro del Interior Vallenilla Lanz, arquitecto del fraude de 1952 y el plebiscito de 1957, y el jefe de la Seguridad Nacional Pedro Estrada, principal responsable del espionaje sobre la oficialidad. En su libro *Escrito de memoria*, aquel dejará, acaso en su defensa, un testimonio que atribuye a un Mayor del Ejército en Maracay a comienzos de 1957:

²³ Ver Arenas, Macky en <https://es.aleteia.org/2017/04/19>

²⁴ De Marco, Alberto: *Pensiero Giuridico, Economico e Sociale del Pontefice Pio XII*. Giagemi Editore. Roma, 2010.

El Presidente está bajo la influencia del Alto Mando Militar integrado por cortesanos y tímidos sin prestigio en el seno de las Fuerzas Armadas. En contraste con esa situación, crece el ascendiente del grupo joven que profesa en la Escuela Superior y formula críticas contra el régimen imperante, estimulado quizás por personas pertenecientes a la burguesía y al clero.²⁵

Los movimientos en el seno de la institución militar crecen y se ramifican, no obstante la vigilancia atenta, mientras la calle se intranquiliza, los actores sociales van tomando posición y el régimen, temeroso de la gente, viola su propia legalidad.

ESTUDIANTES

Los estudiantes tuvieron un papel en la revuelta social que signó la etapa final de la dictadura, aquella caracterizada por una ola creciente de pérdida del miedo. La huelga universitaria de 1952 en la UCV tuvo el sello de la represión con prisión, suspensiones de la matrícula universitaria y expulsiones del país. Entre los desterrados más destacados, los principales líderes de la protesta estudiantil Luis Herrera Campins y Manuel Alfredo Rodríguez de la Facultad de Derecho. Con ellos, dirigentes estudiantiles de varias facultades, afiliados a las juventudes comunista, accióndemocratista, socialcristiana y urredista. Parecía que la calma sería permanente. En febrero de 1956 despertó el Liceo Fermín Toro de Caracas y volvió a manifestarse en abril y en mayo.

Gracias a las protestas por el Plebiscito, el 21 de noviembre de 1957, celebrado a raíz de aquellos sucesos como Día del Estudiante, varios liceos caraqueños²⁶ acompañaron la irrupción de los universitarios de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello²⁷ en huelga. Los universitarios rebeldes irrumpen en el Congreso Mundial de Cardiología y en la comisión preparatoria

²⁵ Velásquez: *Obra citada*.

²⁶ Los institutos Fermín Toro, Andrés Bello, Aplicación, Juan Vicente González, Luis Razzetti, Caracas y la Escuela Normal Miguel Antonio Caro e individualidades de varios colegios privados.

²⁷ El apoyo del rector de la UCAB, el jesuita y académico de la Lengua Pedro Pablo Barnola a los estudiantes, le valió su salida del cargo y su “confinamiento” en Barquisimeto.

del Congreso de la Organización Internacional de Aviación Civil, ambos reunidos en la nueva Ciudad Universitaria, garantizando así repercusión exterior a la acción. Ya existen el Frente Universitario y el Frente Estudiantil de Resistencia.

En enero de 1958, los estudiantes serán vanguardia en las protestas de calle.

EMPRESARIOS, PROFESIONALES...

El 15 de enero de 1957, Armando Vegas²⁸ preside una asamblea del Colegio de Ingenieros que aprueba por unanimidad un documento suscrito por mil profesionales reclamando respeto a las garantías ciudadanas y retorno a la institucionalidad democrática.²⁹ Y realizan planteamientos profesionales con obvias implicaciones políticas: Los planes de obras públicas deben ser sometidos al análisis libre y objetivo para determinar su urgencia, necesidad y medios; uso realista de los recursos efímeros y abandono de las obras suntuarias; probidad en la concesión de contratos; evitar apresuramientos e improvisaciones en la entrega de las obras; distribución regular en el ritmo de actividades anuales.

El descontento en los sectores económicos y laborales -con “vida sindical de apariencia”-³⁰ se manifiesta.

En noviembre, profesores acompañan la protesta estudiantil. Esos profesores son abogados, ingenieros, médicos de prestigio. Todos con conexiones sociales importantes, los hay relacionados con la actividad empresarial y vinculados al medio sindical.

Evidentemente, se gesta un problema grueso para el gobierno.

CONCLUSIÓN

La unidad de estrategia y de acción, no necesariamente en ese orden, por parte de partidos bastante desarticulados, salvo el PCV más pequeño pero mejor estructurado confluyó y motivó la confluencia de estudiantes, profesores, empresarios, profesionales, lo cual animó a la

²⁸ Independiente socialcristiano, será Presidente del Senado en 1968.

²⁹ Velásquez.: *Obra citada*.

³⁰ Velásquez.: *Obra citada*.

decisión de oficiales militares descontentos en unas FFAANN cuyas fisuras se abrieron en aquellos meses intensos.

Cuando más fuerte parecía el régimen, los sucesos que determinaron su final se precipitaron. El catalizador fue su error político, el plebiscito, nacido de una doble influencia negativa, aparentemente contradictoria, siempre inductora de equivocaciones. Por un lado el miedo, por el otro la sobreestimación de la propia fuerza. La formalidad constitucional imponía unos condicionamientos y la fuerza política del gobierno ya no era tanta como para poder obviarlos.

...el crecimiento de la protesta cívica, con manifestaciones de los sectores organizados del país, llegó a los cuarteles y comenzó a entusiasmar y a comprometer, para una acción cívico-militar, a los sectores jóvenes de las Fuerzas Armadas Nacionales, que luego se manifestarían el 1 y el 9 de enero de 1958. En general, se aceleró el distanciamiento entre el mandatario y la institución castrense...³¹

Base de apoyo al gobierno, militares, empresarios y derecha política, se resquebraja. Oposición política diversa y debilitada se une; las lecciones de 1945-48 (sectarismo) y 1948-57 (persecución, exilio) daban sus frutos. Fuerzas políticas, sociales y económicas hasta entonces exitosamente represadas por el régimen con su control militar y represivo, encontraban al fin modos de expresión.

1958, DEFINICIONES

1 de enero

El nuevo año amanece con la noticia de una rebelión militar con expresiones en la Aviación y la potente Guarnición de Maracay y en Caracas la unidad de blindados comandada por el Coronel Hugo Trejo. Se calculan en 360 los oficiales comprometidos. Había civiles comprometidos. El alzamiento, bastante descoordinado, es controlado, pero rompe el celofán de la invulnerabilidad militar del poder. Pérez Jiménez se dirige al país en cadena, la califica de “breve escaramuza” y alaba “la notable compostura del pueblo” y “la unidad de las Fuerzas Armadas”.

³¹ Hernández Muñoz: *Obra citada*.

El 10 de enero se anuncia un alzamiento en la Marina, a raíz del cual el Jefe del Estado Mayor Conjunto General Rómulo Fernández traslada a Pérez Jiménez los planteamientos de los sublevados.

Dos cambios en el gobierno por presión militar.

Renuncia el gabinete y Pérez Jiménez designa uno nuevo. Regresa Llovera Páez al MRI que dejó en 1952 en reemplazo de Vallenilla y Fernández ocupa Defensa. Estrada deja la SN, el gobierno y el país. Lo sustituye un militar, el Cnel. Velasco. El también Cnel. Prato en Educación aviva la protesta estudiantil.

El 13 de enero, hay otro cambio ministerial que involucra cuatro carteras, entre ellas Interior (vuelve a salir Llovera) y Defensa que asume el propio Presidente. A Educación va, en triste ignorancia de la realidad, el eminente científico Huberto Fernández Morán.

Huelga general y derrumbe del régimen

No finalizada la primera quincena del mes salen los comunicados del Frente Obrero, de los profesionales y empresarios y de los ingenieros. En seguida los colegios de Abogados, Profesores, Médicos y mensajes de una Junta Estudiantil de Liberación y “Madres de los Estudiantes”.

El 21 huelga nacional de la prensa y desde mediodía, huelga general. El Comité Obrero de la Junta Patriótica organiza y ejecuta la acción. Trescientos dos muertos y más de mil heridos en Caracas.³²

El 22 se alza la Marina y así se sella la suerte de Pérez Jiménez y su gobierno. También se rebela la Escuela Militar. En la calle siguen pequeños disturbios. A las 2:30 de la madrugada del 23, huye del país, acompañado por su familia y algunos ministros.

23 de enero. De Junta militar a Junta de gobierno.

Solo militares integran la primera Junta de Gobierno presidida por el Contralmirante Larrazábal, Comandante de las Fuerzas Navales. En el gabinete, todos son civiles menos el titular de Defensa Castro

³² En este punto difieren las informaciones de prensa. Las cifras de *El Nacional* duplican las dadas por *El Universal*.

León. El 24 se reorganiza la Junta, salen dos militares e ingresan dos reconocidos empresarios, mundo del cual proviene la mayoría de los ministros.

En febrero se decreta el Plan de Emergencia para enfrentar el agudo problema del desempleo.

El espíritu del 23 de enero

La ampliación de la Junta Patriótica el 27, ideada por Otero Silva como contrapeso a la Unidad “a tres” que desde el exilio nuevayorquino anuncian Betancourt, Villalba y Caldera, será el comienzo del ocaso de este instrumento de lucha, cuyo objetivo —el fin de la dictadura— había sido alcanzado. Pero a lo largo de ese año predominó en la opinión, si bien no en las realidades de la política, el denominado “espíritu del 23 de enero”, una atmósfera unitaria, suerte de “luna de miel” que procuraba prolongar la confluencia unitaria nacional de la exitosa jornada colectiva que hemos revisitado.

Horizonte electoral

Desde el primer momento quedó claro que el gobierno transitorio se veía a sí mismo como tal y que su desembocadura natural era una elección ese mismo año. El ambiente fue de libertades públicas plenamente abiertas.

El 20 de febrero Larrazábal ratifica que se compromete con “elecciones generales, libres y honestas”. En marzo designó una muy calificada Comisión Redactora del Estatuto Electoral presidida por Rafael Pizani y de integración muy plural. El estatuto se promulga en mayo. En octubre se deciden las candidaturas presidenciales, entre ellas la de Larrazábal quien renuncia el 14 de noviembre a la Presidencia de la Junta.

El 7 de diciembre se realizarían las elecciones.

Los partidos, comprometidos con estabilizar la democracia

El regreso de los líderes exiliados conduce la reorganización de los partidos y su protagonismo en la nueva situación. Los jóvenes de AD han logrado una figuración principal en la lucha, con la ayuda del destierro de los jefes y la caída de tres secretarios generales, el asesinato de

Ruiz Pineda, prisión y muerte de Carnevali y prisión de Anzola Anzola. Pero a su vuelta Betancourt asienta su liderazgo al señalar el rumbo y dedicarse a recorrer el país y recuperar cuadros. Con él, un equipo de primer orden. El exilio de Caldera ha sido breve y entre él y su equipo que encabezan Fernández y Pérez Díaz no hay abismos profundos que los separen de los jóvenes de largo destierro como Herrera, Cárdenas, Zapata Escalona. Los problemas de Villalba con quienes permanecieron aquí no se manifestarán aún, será cosa de más adelante³³.

Se busca corregir errores del pasado, poner límites racionales a los enfrentamientos y echar las bases para el desarrollo de un nuevo y duradero sistema democrático. Se forma un Comité de Enlace de los Partidos Políticos.

El 31 de octubre suscribieron en la quinta Puntofijo, residencia de Rafael Caldera un pacto de lealtad democrática, lo que hoy se llamaría un acuerdo de gobernabilidad, los dirigentes principales de AD, URD y COPEI. Testigos de la firma fueron representantes de Fedecámaras, el Comité Sindical Unificado, la Federación de Gremios Profesionales, la Junta Patriótica y la Federación de Centros Universitarios. Los representantes de estas dos últimas dejaron constancia de su protesta por la ausencia del PCV e Integración Republicana³⁴.

“Puntofijo” tendrá entonces, comenta Herrera Campins, doble significación,

*...por un lado, un pacto con ribetes electorales para ceñir la disputa a reglas de altura, de compostura republicana y de consideración cívica, y, por otra parte, un pacto ejecutivo, de gobierno.*³⁵

En noviembre, los candidatos presidenciales Rómulo Betancourt (AD), Wolfgang Larrazábal (URD, PCV, MENI) y Rafael Caldera

³³ Con Ojeda, notorio a la cabeza de la JP surgirá la primera discrepancia cuando se va a la guerrilla. La situación interna en URD precipitará su salida del gobierno coaligado. Y en 1963, se separarán para fundar VPN en 1964 José Herrera Oropeza, Víctor José Ochoa, Adolfo Herrera, Horacio Scott Poer y, sin entrar al naciente partido, Luis Miquilena y José Vicente Rangel.

³⁴ IR fue un pequeño partido de fugaz existencia, apoyó la candidatura de Caldera en 1958 y lo dirigían figuras muy respetables como Martín Vegas, Gustavo Planchart, Rodolfo Rojas y Elías Toro.

³⁵ Herrera Campins: *Transición... obra citada.*

(COPEI, IR, PST) firmaron el Programa mínimo de Gobierno, relacionado con el Pacto de Puntofijo.

Quedan acordadas las bases de la colaboración interpartidista, tanto en sus líneas políticas maestras como en sus principales acciones de gobierno.

Consecuencia natural del espíritu del 23 de enero fue también la búsqueda de una candidatura unitaria a la Presidencia de la República, cuestión que estuvo en el centro de las conversaciones entre los líderes políticos.

Un grupo de profesores universitarios propone el nombre de Rafael Pizani y otro hace lo propio con el de Julio de Armas, los dos académicos de mucho mérito y figuras civiles destacadas. Sectores económicos lanzan la candidatura del economista José Antonio Mayobre quien será el primer Ministro de Hacienda de Betancourt. URD y COPEI presentan la opción de Martín Vegas, planteada originalmente por Integración Republicana, la cual rechaza AD haciendo amplio reconocimiento de sus credenciales y planteando la posibilidad de Larrazábal con un Consejo de Gobierno integrado por los dirigentes máximos de los tres partidos. URD, COPEI y el propio Larrazábal no aceptaron la propuesta adecuada.

Entre las propuestas barajadas estuvo la de varias formas de gobierno colegiado, difícilmente practicables pero explicables en el clima nacional de 1958.

A conciencia de las dificultades de una unidad total, los partidos orientaron sus esfuerzos hacia el pacto de gobernanza y el programa mínimo común.

Nixon

En mayo, justo después de una tensa situación militar, visita Venezuela el Vicepresidente norteamericano Richard M. Nixon. “Visitante indeseable” lo califican comunicados estudiantiles. Escasamente protegida su caravana, fue recibida agresivamente en la Avenida Sucre con insultos, amenazas y actos de violencia tumultuaria. No pudo llegar al Panteón para rendir honores al Libertador y el programa de actos hubo de ser suspendido. Crisis en las relaciones con EEUU que exige garantías y en el seno del gobierno que debe ser reorganizado. La volatilidad de la situación política asoma.

Inestabilidad militar

En abril, una crisis militar se abre en dos frentes. Por un lado, los núcleos castrenses más comprometidos con el cambio del gobierno, activos el 1 y el 10 de enero, no están representados en la cúpula del poder, por otro, el Ministro Castro León se queja por la radio “Ya es hora de que se silencien las campañas de tutelaje y las demandas de depuración”. A fin de mes, el Cnel. Trejo sale de Embajador a Costa Rica.

El 22 de julio Castro León presenta un pliego a la Junta donde pide ilegalizar a AD y el PCV –lo cual negó luego desde Puerto Rico-, medidas de censura de prensa, aplazamiento por tres años de las elecciones y formación de un nuevo gobierno en consulta con las FFAANN. 23 y 24 los partidos y los sectores económicos respaldan al gobierno provisional. Los líderes políticos se reúnen en Macuto con Larrazábal y le recomiendan volver a su despacho para desde ahí enfrentar la conjura. Nutridas manifestaciones de calle repudian la presión anti democrática sobre la Junta, miles se agolpan en la Avenida Urdaneta ante el Palacio Blanco. Se evidencia el “espíritu del 23 de enero” en una caudalosa y plural demostración de fuerza social, y el ministro termina renunciando y saliendo del país.

Oportuna la mancheta de *El Nacional* escrita por Otero Silva, alude al comandante de la FAV y al Ministro de la Defensa que acaban de dimitir:

Ante toda una nación resuelta y unificada ni tira Martín parada ni resulta Castro león

El 7 de septiembre los tenientes coroneles Juan de Dios Moncada Vidal³⁶ y Ely Mendoza Méndez encabezan una nueva asonada que es conjurada.

Elecciones del 7 de diciembre.

Ganan Betancourt y AD las elecciones, bordeando la mayoría absoluta en el voto popular y con control del Senado y Diputados. El de la cámara baja lo perderán luego con sucesivas divisiones generacionales, la primera con fuerte contenido ideológico. Pero al instalarse el

³⁶ Reaparecerá al frente de las FALN en la insurrección armada de los sesentas. La antipolítica de derecha e izquierda más de una vez se confundió en las conspiraciones de aquellos años.

Congreso, se cumple el acuerdo de “unidad a tres”. Leoni y Caldera presiden las cámaras y URD integra ambas mesas directivas.

El gobierno de Betancourt se instala en febrero de 1959 con la novedad de una coalición. Tres ministros de URD, dos de AD, dos militantes y un independiente socialcristianos y cinco independientes.

El consenso en vez del conflicto sería el objetivo del período a iniciarse, y su característica para bien y para mal. Los pilares institucionales y sociales sobre los cuales debía asentarse el gobierno democrático eran “las Fuerzas Armadas, los partidos políticos, los sindicatos, el empresariado y la Iglesia Católica”³⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- Aveledo Coll, Guillermo Tell: *La Iglesia y la opinión católica en VVAA Cuando las bayonetas hablan. Nuevas miradas sobre la dictadura militar 1948-1958*. UNIMET-UCAB. Caracas, 2015.
- Brewer-Carías, Allan R.: *Las Constituciones de Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.
- Caballero, Manuel: *Historia de los venezolanos en el siglo XX*. Alfa. Caracas, 2010.
- De Marco, Alberto: *Pensiero Giuridico, Economico e Sociale del Pontefice Pio XII*. Giagemi Editore. Roma, 2010.
- Hernández Muñoz, Eladio: *Transición en Democracia (Venezuela, 1935-1999)* facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV. Caracas, 2008.
- Herrera Campins, Luis: *Frente a 1958 (Material de Discusión Política Electoral Venezolana)* Munich, 1957. Publicado entero en Aveledo R.G.: *El Llanero Solidario*. LibrosXMarcados. Caracas, 2012.
- Herrera Campins, Luis: *Transición Política* en J.L. Salcedo-Bastardo, Luis Herrera Campins y Benito Raúl Losada: *1958 Tránsito de la dictadura a la democracia en Venezuela*. Ariel. Barcelona-Caracas-México, 1978.
- Rodríguez Iturbe, José: *Crónica de la Dictadura Militar*. Nueva Política. Caracas, 1984.
- Vallenilla, Luis: *Auge, Declinación y Porvenir del Petróleo Venezolano*. Tiempo Nuevo. Caracas, 1973.
- Velásquez, Ramón J: *Evolución Política en VVAA Venezuela Moderna 1926-1976*. Fundación Eugenio Mendoza. Caracas, 1976.

³⁷ Caballero. Obra citada.

DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE BATALLA: LA CONCERTACIÓN SOCIAL DE 1958. DR. CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA*, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.

SUMARIO

I. Pacto de avenimiento obrero patronal: A. Primera expresión de concertación social; B. Pieza clave del modelo democrático de relaciones laborales; y C. Instrumento para delimitar, prevenir y encauzar la conflictividad laboral. II. Otras expresiones de concertación social. III. Perspectivas.

* Jefe del Departamento de Derecho Social y de la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesor en la Facultad de Derecho, en la Especialización en Derecho del Trabajo, y en el Doctorado en Derecho (UCAB). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vicepresidente del Instituto Venezolano de Derecho Social (carballomena@gmail.com).

*El liberalismo económico
es la ampliación del campo de batalla*

Michel Houellebecq

SINOPSIS

EL PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL de 24 de abril de 1958, primera experiencia concreta de concertación social en Venezuela, prefiguró las piezas básicas del modelo de relaciones laborales del emergente sistema político democrático, reconociendo, de un lado, la libertad sindical y su vínculo -inescindible e interdependiente- con los derechos civiles y políticos, y del otro, la inmanencia del conflicto colectivo de trabajo y la conveniencia de su delimitación, prevención y autocomposición.

La concertación social fue práctica constante de los gobiernos del período democrático 1958-1999, bajo el denominado *sistema populista de conciliación*, caracterizado por la preeminencia del actor gubernamental y su política de distribución clientelar de la renta petrolera, y el funcionamiento de mecanismos informales de participación y consulta con actores sociales fundamentales para asegurar la estabilidad del modelo.

La concertación social eclipsa –en trasgresión del derecho fundamental a la libertad sindical- a partir de 1999, con la implantación progresiva de un modelo ideológico que denigra del pluralismo democrático e impulsa, a partir de 2005, la transición al socialismo.

PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL¹

El 24 de abril de 1958, tres meses después de haber sido derrocado el régimen del general Marcos Pérez Jiménez, las instancias cupulares² de patronos³ y trabajadores⁴, con el impulso de la Junta de Gobierno⁵

¹ La primera parte del presente trabajo fue publicada en el Boletín de la Academia Nacional de la Historia de Venezuela, bajo el título Pacto de Avenimiento Obrero-Patronal: delimitación del campo de batalla.

² La trascendencia de instancias nacionales de representación de intereses de patronos y trabajadores fue destacada en el Programa de Febrero del Pdte. Eleazar López Contreras, de 21 de febrero de 1936: “Es altamente deseable que los patronos y los obreros constituyan, por su parte, los grupos de agremiación profesional, y que éstos tengan un organismo central nacional, pues toda legislación del trabajo, por más avanzada que se suponga, sería inoperante en la práctica, si no existen las organizaciones patronales y obreras, cuyos intereses va a defender o a conciliar.” CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1985): *Gobierno y época del presidente Eleazar López Contreras. Mensajes y memorias 1935-1941*. Pensamiento político venezolano del siglo XX. Documentos para su estudio. T. VIII, V. I, N° 17. Ediciones conmemorativas del bicentenario del natalicio del Libertador Simón Bolívar, Caracas, p. 76.

³ Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción de Venezuela (FEDECAMARAS).

⁴ Comité Sindical Unificado, integrado paritariamente por representantes sindicales de las principales fuerzas políticas del país (Acción Democrática, Partido Comunista de Venezuela, Unión Republicana Democrática, y Comité de Organización Política Electoral Independiente). “Este organismo lo integraron Gustavo Lares Ruiz, J. González Navarro, Eloy Torres, Vicente Piñate, Dagoberto González, A. Malavé Villalba, Rodolfo Quintero, Agelvis Prato, Elio Aponte y Juan Arcia. Políticamente conformado por dos accióndemocratas, dos comunistas, dos urredistas, dos copeyanos y dos independientes.” CROES, Hemmy (1973): *El movimiento obrero venezolano. Elementos para su historia*. Ediciones Movimiento Obrero, Caracas, p. 173.

⁵ El Presidente de la Junta de Gobierno (1958), Wolfgang LARRAZÁBAL, manifestó –el 29 de enero de 1958– que “la tregua política, ya acordada voluntariamente por los partidos, debe extenderse al campo sindical, para mantener un clima de armonía en las relaciones entre obreros y patronos”. SUÁREZ, Naudy (2012): El movimiento obrero venezolano y el Avenimiento Obrero-Patronal de 1958. *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, N° 48. UCAB, Caracas, pp. 98 y 99.

“El día 9 de abril de ese mismo año [1958], la primera página del diario *La Esfera* titulaba *Comisión buscará soluciones a conflictos obrero-patronales*. La nombró el Ministerio del Trabajo, de esta manera el propio Gobierno decidía dar un mayor impulso a las soluciones de los conflictos entre empresarios y trabajadores. Apremiaba una pronta solución y dejarla fluir por sí misma no era una alternativa, por lo que el Ministro del Trabajo, Dr. Raúl VALERÍA presidía la primera reunión de esa Comisión Especial en carácter de asesor...” LAURINO, Luis (2008): Pacto de Avenimiento Obrero-Patronal de 1958. *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, N° 44. UCAB, Caracas, p. 79.

“[E]l Primero de Mayo [de 1958...] Wolfgang Larrazábal se dirigió a la nación por la cadena de radioemisoras con ocasión a la fecha [...] y presentó como ‘un hecho altamente positivo el Pacto de Avenimiento Obrero Patronal?’...” CROES, Hemmy (1973): Ob. cit., p. 174.

que sucedió provisionalmente al dictador, suscribieron el PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL, expresión inaugural entre nosotros de concertación social y pieza clave en la conformación de un modelo democrático de relaciones laborales.

Este pacto simbolizó una especie de tregua social⁶ -complementaria a la celebrada por los partidos políticos y encarnada, a la postre, en el PACTO DE PUNTO FIJO⁷ de 31 de octubre del mismo año- destinada

“...[T] también el Estado tuvo su participación, por lo que en el mensaje presidencial ofrecido en el año 1959 por Edgar SANABRIA [-Presidente de la Junta de Gobierno, de 14 de noviembre de 1958 al 13 de febrero de 1959-] se resaltarán la posición de éste frente al acuerdo logrado el 24 de abril de 1958 por trabajadores y patronos [...]: ...*la obra fundamental ha sido la de contribuir al logro y mantenimiento de un clima de concordia; en tal sentido revistió especial importancia la intervención del Ministerio en las conversaciones entre los organismos representativos de los empleadores y de las fuerzas del trabajo, que culminaron con la firma del Avenimiento Obrero-Patronal, así como también la política propiciada por el despacho de lograr la uniformidad de condiciones de trabajo por ramas de industria, mediante la firma y extensión de Contratos Únicos...*”. Ibidem, p. 87.

“Debido al apremio del gobierno, el CSU y la organización empresarial Fedecámaras confeccionaron el *Pacto de Avenimiento Obrero Patronal* en abril de 1958”. ELLNER, Steve (1995): *El sindicalismo en Venezuela en el contexto democrático (1958-1994)*. Fondo editorial Tropykos, Caracas, p. 36.

⁶ Así lo tituló *El Nacional* N° 5264, Año XV, del viernes 25 de abril de 1958, p. 1: “*Firmada la Tregua Obrero-Patronal*”.

Asimismo, “el 26 de abril de 1958 bajo el subtítulo de Tregua Social aparecía en la prensa nacional parte de un trabajo que plasmaba la opinión de la Iglesia [...]: *los sectores de la producción –patronos y obreros- han dado un alto ejemplo de responsabilidad ciudadana al convenir la tregua social [...], han comprendido perfectamente, igual que lo hicieron las organizaciones políticas, que la Nación vive etapa crucial de su historia y que sólo mediante el acuerdo honesto, sincero; mediante el perfecto entendimiento sobre las cuestiones fundamentales y sobre cómo deben resolverse, podrá evitarse a Venezuela el doloroso espectáculo de otra Dictadura y podrá posibilitarse la recuperación que necesita después de una década de latrocinio y subversión de principios...*”. LAURIÑO, Luis (2008): Ob. cit., p. 86.

En este mismo orden de ideas, cabe destacar que en Informe presentado a la IX Convención Nacional de Acción Democrática (10 al 18 de agosto de 1958), Rómulo BETANCOURT manifestó: “*Junto con la tregua política propiciamos, a través de nuestras fracciones sindicales, la unidad del movimiento laboral y el avenimiento obrero-patronal*”. Ibidem, p. 74.

Por su parte, Raúl LEONI señaló que la llamada tregua sindical tendría por objeto “*sentar las bases de un entendimiento obrero-patronal, que [...permitiría] que el acercamiento y las discusiones [fuesen...] provechosas para la creación de la paz industrial en Venezuela*”. Ibidem, p. 78.

⁷ Celebrado por los partidos políticos Acción Democrática (AD), Unión Republicana Democrática (URD) y el Comité Político Electoral Independiente (COPEI), comprometiéndose a “la defensa de la constitucionalidad y del derecho a gobernar conforme al resultado electoral”, la conformación de un “Gobierno de Unidad Nacional”, y la observancia de un

a afianzar la democracia en ciernes, amenazada por factores ubicados en los extremos del espectro político⁸, mediante la delimitación, prevención y encauzamiento de la conflictividad laboral.

En efecto, el contenido del PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL justifica que se le conciba como expresión primera de concertación social, pieza clave del modelo democrático de relaciones laborales, e instrumento de delimitación, prevención y encauzamiento de la conflictividad laboral:

[ACTORES]⁹ La Federación Venezolana de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción, como entidad representativa de sectores patronales y el Comité Sindical Unificado, en su carácter de representante de la clase obrera, estiman conveniente llevar a conocimiento de patronos y trabajadores la siguiente declaración:

[OBJETIVO INMEDIATO: PAZ LABORAL]¹⁰ Se han venido sosteniendo conversaciones en torno a la necesidad de fortalecer un clima de entendimiento que garantice el normal desenvolvimiento de

“programa mínimo común” que incluía, entre otros aspectos, la “adecuada protección a la libertad sindical y a los organismos sindicales”.

La exclusión –o incompatibilidad- del Partido Comunista de Venezuela (PCV), cuya dirigencia sindical había celebrado –seis meses antes- el PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL, resquebrajó la acción unitaria en lo político y sindical, y presagió, de un lado, la lucha armada contra el gobierno de Rómulo BETANCOURT (1959-1964), y del otro, la división de la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), constituida –en medio de no pocas tensiones - durante el III Congreso Nacional de Trabajadores (13-21 de noviembre de 1958), con la consecuente fundación de la Central Unitaria de Trabajadores de Venezuela (CUTV) –de ideología comunista- en 1963.

⁸ De ello dan cuenta los alzamientos de Jesús María CASTRO LEÓN (23 de julio de 1958 y 20 de abril de 1960), José Ely MENDOZA y Juan de Dios MONCADA VIDAL (7 de septiembre de 1958), *El Barcelonazo* (25 de junio de 1961), *El Carupanazo* (4 de mayo de 1962), *El Porteñazo* (2 de junio de 1961), la lucha armada que escenificaron militantes de izquierda -con apoyo de la triunfante Revolución cubana- durante los años sesenta y setenta del siglo XX, y el frustrado magnicidio contra Rómulo BETANCOURT fraguado entre factores del *pérezjimenismo* y el gobierno de República Dominicana, presidio por Rafael Leónidas TRUJILLO (24 de junio de 1960).

⁹ Corchetes en la cita, destacando el contenido esencial de lo acordado, son míos.

¹⁰ “En un primer momento, el objetivo prioritario [del emergente proyecto democrático] fue garantizar que los Gobiernos elegidos por el voto popular no fueran derrocados por un golpe militar de derecha, que constituía el peligro más visible e inminente. Este objetivo fue considerado absolutamente prioritario, en el sentido de que, en caso de conflicto con otros objetivos, también deseables, se estimaba necesario sacrificar temporalmente éstos a cambio de garantizar la realización de aquél”. REY, Juan Carlos (1991): *La democracia venezolana*

las actividades productoras y permita una armoniosa colaboración en la que tanto los trabajadores como los patronos asuman su responsabilidad dentro de los límites justos de sus deberes y derechos, mediante el respeto mutuo y la comprensión serena hacia el progresivo desarrollo de la economía nacional y la participación y retribución de su labor en los términos de una verdadera justicia social.

[OBJETIVO MEDIATO: CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO] Con vistas al deseo anteriormente expresado y teniendo como norma que el momento que vive el país exige de todos los sectores que integran la vida nacional el mayor esfuerzo para lograr la consolidación de un sistema institucional donde prevalezca el respeto por los valores morales, la elevación de la dignidad humana y el libre ejercicio democrático de las instituciones, recomendamos los siguientes puntos básicos para que sirvan de norma en sus relaciones a empresarios y trabajadores:

1º) [COMISIONES BIPARTITAS Y PARITARIAS DE CONCILIACIÓN] La creación de Comisiones de Avenimiento en las empresas, formadas por representantes patronales y sindicales, con el propósito de discutir en dichas Comisiones los problemas que surjan con ocasión del trabajo, a fin de buscarle soluciones adecuadas a cada uno de ellos, mediante los buenos oficios de dichas Comisiones. Estas Comisiones de Avenimiento estarán formadas por partes iguales de representantes sindicales y de representantes patronales. Dicho procedimiento será un paso adicional a cualquier sistema de conciliación vigente entre los trabajadores y las empresas¹¹ y no afectará los derechos de los trabajadores ni de las empresas¹² bajo la Ley o los acuerdos obrero-patronales.

2º) [LIBERTAD SINDICAL] Reconocimiento y respeto a la libertad de organización sindical sin interferencia de ninguna clase.

y la crisis del sistema populista de conciliación. *Revista de Estudios Políticos*, N° 74. Centro de Estudios Políticos, Madrid, p. 544.

¹¹ Rectius, patronos: la “empresa” no es titular de derechos y obligaciones sino actividad derivada de la combinación de los factores de la producción bajo el poder de organización, dirección y disciplina del patrono. En este sentido, el Art. 2º de la Ley del Trabajo de 3 de noviembre de 1947 (Gaceta Oficial 200 Extraordinario de la misma fecha), vigente para la fecha de celebración del PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL, definía al patrono como “la persona natural o jurídica que por cuenta propia o ajena tiene a su cargo la explotación de una empresa...”.

¹² Ídem.

3°) [ESTABILIDAD EN EL EMPLEO] La conveniencia de mantener la mayor estabilidad posible de los trabajadores, colaborando las empresas¹³ en no hacer despidos, a menos que tengan razones que así lo ameriten.

4°) [RESPECTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO HETERÓNOMO Y AUTÓNOMO] Estricto cumplimiento de los Contratos Colectivos y de la Ley del Trabajo, tanto por parte de los patronos como por parte de los trabajadores.

5°) [PREFERENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR RAMA DE ACTIVIDAD] La conveniencia de celebrar Contratos Colectivos por actividad económica que tienda a uniformar las condiciones de trabajo y estabilizar las relaciones obrero-patronales.

6°) [MECANISMOS DE AUTOCOMPOSICIÓN PREVIOS AL EJERCICIO DE LA HUELGA] La necesidad de que tanto patronos como trabajadores, sin renunciar a las acciones legales que les competen, agoten las medidas conciliatorias antes del planteamiento de cualquier conflicto, valiéndose para ello de los procedimientos que existen en los contratos colectivos vigentes, de la gestión de los funcionarios del Trabajo y de las Comisiones de Avenimiento que nazcan como fruto de la presente declaración.

[PROMOCIÓN DEL DIÁLOGO Y LA CONCERTACIÓN SOCIAL] Las organizaciones gremiales, tanto patronales como obreras, velarán porque estos puntos tengan la mayor aplicación, procurarán establecer un procedimiento para la integración y funcionamiento de las Comisiones de Avenimiento y deberán participar activamente en los estudios y discusiones de los acuerdos que interese a la vida obrero-patronal, ratificando su voluntad de continuar en las relaciones que faciliten su adopción¹⁴.

PRIMERA EXPRESIÓN DE CONCERTACIÓN SOCIAL

EL PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL configuró la primera expresión efectiva de concertación social en nuestro país,

¹³ Ídem.

¹⁴ *El Nacional*, N° 5264, Año XV, del viernes 25 de abril de 1958, p. 1.

resultado de un proceso de diálogo¹⁵ entre las organizaciones más representativas de patronos y trabajadores, con el protagónico impulso –y la garantía de eficacia de los acuerdos alcanzados– del Gobierno Nacional, dirigido –fundamental, mas no exclusivamente– a regular la conflictividad laboral como sostén del proyectado sistema político democrático.

La concertación social –concepto manifiestamente multívoco¹⁶– refiere, en el contexto del presente ensayo, a la interacción entre los gobiernos –u otros poderes públicos– y las instancias representativas de los intereses de clase de trabajadores y empleadores, con el objeto de asegurar la participación de estas en el diseño y/o ejecución de políticas en materia económica y social¹⁷; en términos análogos a la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944 (párrafo III.e), anexada a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) mediante Instrumento de Enmienda de 1946 (en vigor a partir del 20 de abril de 1948): “...fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que

¹⁵ En términos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “el diálogo social comprende todo tipo de negociaciones y consultas -e incluso el mero intercambio de información- entre representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, sobre temas de interés común relativos a las políticas económicas y sociales. Puede tratarse de un proceso tripartito, en el que el gobierno interviene como parte oficial en el diálogo, o bien consistir en relaciones bipartitas establecidas exclusivamente entre los trabajadores y las empresas (los sindicatos y las organizaciones de empleadores), con o sin la participación indirecta del gobierno”. Recuperado de: <http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang-es/index.htm>.

¹⁶ VILLASMIL, Humberto (2004): El Derecho del Diálogo Social. *El Derecho del Diálogo Social*. Humberto VILLASMIL, Lars JOHANSEN y Blanca PERALTA, editores. Oficina Internacional del Trabajo, San José, pp. 16-MONEREO PÉREZ, José Luis (1999): *Concertación y diálogo social*. Lex Nova, Valladolid, pp. 15-51. MARTÍN VALVERDE, Antonio (1998): Concertación social y tripartismo: modelos de concertación social en Europa. *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*. Consejo Económico y Social, Madrid, pp. 103-105. ERMIDA URIARTE, Oscar y SERNA, María del Mar (1994): El Tripartismo. *Derecho Laboral*. T. XXXVII, N° 173-174. Volumen extraordinario en ocasión del 75° aniversario de la OIT. Montevideo, p. 8. ERMIDA URIARTE, Oscar (1988): *La concertación social*. 2ª edición. Centro Interamericano de Administración del Trabajo - Organización Internacional del Trabajo, Lima, pp. 1-11.

¹⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y DE LA ROSA, Carlos (2000): *Derecho del Trabajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, pp. 601 y 602. MONEREO PÉREZ, José Luis (1999): Ob. cit., p. 17. HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar (1995): Concertación social: teoría general y experiencia latinoamericana. *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 1, N° 2, 21-37. Universidad del Zulia, Maracaibo, p. 23. ERMIDA URIARTE, Oscar (1988): Ob. cit., p. 2.

permitan [...] la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas”¹⁸.

En el caso concreto que se analiza, la participación del Gobierno se verificó de modo indirecto, toda vez que, aunque no suscribió el PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL:

Lo concibió como mecanismo de estabilidad del naciente régimen democrático, junto con los partidos políticos¹⁹ que participarían en el proceso comicial de 7 de diciembre de 1958 y aspiraban, por tanto, a formar gobierno a partir de 13 febrero del año siguiente;

Lo impulsó mediante la constitución –a cargo del Ministerio del Trabajo– de una instancia *ad hoc* de negociación entre los representantes cupulares de trabajadores y patronos, en cuyo ámbito desplegó funciones conciliatorias²⁰; y

Fungió de anfitrión en el acto donde fue suscrito²¹, legitimando así a los actores sociales y comprometiéndose –tácitamente– a impulsar la observancia de sus contenidos esenciales:

No era concebible, bajo un régimen jurídico que –desde la Ley del Trabajo de 16 de julio de 1936, por razones de asepsia ideológica²²–

¹⁸ Recuperado de: http://www.ilo.org/public/s_panic_h/bureau/leg/download/constitution.pdf.

¹⁹ Acción Democrática (AD), Partido Comunista de Venezuela (PCV), Unión Republicana Democrática (URD), y Comité de Organización Política Electoral Independiente (COPEI).

²⁰ “La propuesta del Ministerio del Trabajo comprendió cuatro puntos: limitación voluntaria del uso del derecho de huelga, erradicación de paros ilegales, sometimiento de los pliegos a términos de estricta justicia, con la reducción de las llamadas *cláusulas de negociación* y con vista de las posibilidades económicas de la respectiva empresa, y reglamentación del avenimiento obrero-patronal, incluyendo la creación de un sistema de arbitraje voluntario y cumplimiento estricto del mismo”. HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar (1988): *¿Qué es el pacto social? Antecedentes y características en Venezuela y otros países*. Ediciones del Congreso de la República, Caracas, p. 32.

Ver, adicionalmente, nota 4 del presente ensayo.

²¹ “Anoche fue suscrito el Avenimiento Obrero-Patronal [...] en presencia de los integrantes de la Junta de Gobierno. En el acto pronunciaron sendos discursos el doctor Ángel Cervini, por el sector patronal; Gustavo Lares Ruiz, por los trabajadores y el Ministro del Trabajo doctor Raúl Valera, quien clausuró la reunión”. *El Nacional*, N° 5264, Año XV, del viernes 25 de abril de 1958, p. 1.

“Con la asistencia de la Junta de Gobierno y de los Ministros de Hacienda y del Trabajo se efectuó anoche la firma del acuerdo de avenimiento obrero-patronal...”. *El Universal*, N° 17565, Año L, del viernes 25 de abril de 1958, p. 1.

²² “Se ha entrado en todas las legislaciones a regular estrechamente la vida de los sindicatos, para evitar que sus actividades se desvíen del cauce que legítimamente les toca. Pero se ha

confería a la administración del trabajo potestades exorbitantes en el control y gestión de actividades sindicales, promover, sin el compromiso o anuencia de esta, la negociación de contratos colectivos por rama de actividad económica o el previo agotamiento de mecanismos consensuados de autocomposición²³;

La negociación colectiva por actividad económica –cuya promoción se convino en el PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL– fue regulada mediante Decreto-Ley 440 sobre Contratos Colectivos por Ramas de Industrias de 21 de noviembre de 1958 (Gaceta Oficial 25818 de la misma fecha)²⁴, reconociéndose al Ministerio del Trabajo la facultad de convocarla o reconocerla de oficio (Arts. 2º, Parágrafo único y 6º, Parágrafo único), extender, a solicitud de parte interesada, los efectos de la eventual convención colectiva a todos los patronos y trabajadores de la misma rama de actividad (Arts. 21 y 23), y someter el conflicto a arbitraje –negando así la opción de huelga a los sindicatos²⁵– en el supuesto de agotarse el procedimiento sin

pensado, más seriamente, en la necesidad de transformar la propia estructura que los compone, la cual naturalmente tiende a la lucha de clases [...Por ello, la evolución del movimiento sindical es] digna de acelerar, corregir y encauzar, para que pueda conducir a sus finalidades legítimas sin ser un instrumento de la demagogia política y de la revolución social [...] Por eso existe en nuestras leyes la prohibición de que sean miembros de la Directiva (de las organizaciones sindicales), extranjeros que no tengan por lo menos diez años de residencia en el país: para evitar que en ellas puedan predominar intereses internacionalistas sobre los de la patria...” CALDERA, Rafael (1939): *Derecho del Trabajo*. Tipografía La Nación, Caracas, pp. 621, 638 y 642.

²³ El modelo injerencista en las relaciones colectivas de trabajo, plasmado en la Ley del Trabajo de 1936, se reprodujo –con escasas modificaciones– en las sucesivas legislaciones, incluyendo la Ley del Trabajo de 3 de noviembre de 1947, vigente para la fecha de celebración del PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL (Ver, entre otros, Arts. 46, 204.c, 210 y siguientes).

²⁴ Régimen previsto –bajo la denominación *Reunión Normativa Laboral*– en los Arts. 452-471 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 30 de abril de 2012.

²⁵ Con la Ley Orgánica del Trabajo de 20 de diciembre de 1990 (Gaceta Oficial 4240 Ext. de la misma fecha) se reconoció a las organizaciones sindicales la opción de ejercer la huelga como mecanismo coercitivo destinado a impulsar la celebración de la convención colectiva por rama de actividad. En caso contrario, el Ejecutivo Nacional habría de someter el conflicto a arbitraje (Art. 549). Dicho modelo fue reproducido en el Art. 465, único aparte del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 30 de abril de 2012 (Gaceta Oficial Ext. 6076 de 7 de mayo del mismo año).

haber celebrado la convención colectiva de trabajo (Art. 13, último aparte)²⁶; y

El compromiso patronal de cumplir el ordenamiento jurídico –autónomo y heterónimo– y preservar el mayor grado posible de estabilidad en el empleo tradujo objetivos que la administración del trabajo habría de perseguir –principalmente– a través del ejercicio de sus funciones de inspección y sanción (Arts. 202. c, 204, literales a y c, 249-278 de la Ley del Trabajo de 3 de noviembre de 1947).

Como se desgaja de lo expuesto en los párrafos precedentes, aunque el PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL constituya formalmente un acuerdo bilateral, atendiendo a los actores que lo suscribieron, el protagonismo gubernamental, en el plano de su concepción, impulso y garantía de eficacia, justifica que se le considere –sustancialmente– tripartito o trilateral y, por tanto, expresión de concertación social.

Esta modalidad de concertación –formalmente– bilateral con sostén gubernamental tuvo como relevante antecedente²⁷ –en la esfera

²⁶ Desde la perspectiva crítica que considera al PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL expresión de *colaboracionismo entre clases*, se sostiene: “Este Decreto se produjo dentro del espíritu del tristemente célebre ‘Pacto de Avenimiento Obrero-Patronal’, lo cual explica que fuese acogido por el Comité Sindical Unificado sin mayores reparos, ni mucho menos resistencia.” CROES, Hemmy (1973): Ob.cit., p 178.

²⁷ Rómulo BETANCOURT, el 30 de mayo de 1946, declaró: “Acaba de celebrarse en México el primer aniversario de un pacto similar [al pacto de “Concordia obrero-patronal” que impulsaba entonces en su condición de Presidente de la Junta Revolucionaria de Gobierno que sustituyó al gobierno del Gral. Isaías Medina Angarita]. Hablaron en un gran acto el Presidente Ávila Camacho, el dirigente laboralista Lombardo Toledano y el Presidente de la Cámara de Industriales de México. Ese pacto consistiría en la creación de un tribunal de conciliación o avenimiento, formado por representantes de los patronos, de los trabajadores y por personeros del Gobierno que intervendrían en todo diferendo obrero -patronal, para procurar solucionarlo por la vía del avenimiento conciliatorio, para impedir que se llegue a la crítica situación conflictiva de la huelga. Estoy seguro de que la mayoría de los trabajadores y de los patronos conscientes de Venezuela están de acuerdo con esta idea patriótica, capaz de darle vitalización e impulso a la economía del país, y que apenas podrá ser aislado un pequeño grupo de empresarios recalcitrantes y un pequeño grupo de trabajadores irresponsables, que ni unos ni otros están pensando en Venezuela, sino que los primeros atienden a sus egoístas intereses y los otros están obcecados por pasiones subalternas”. LAURIÑO, Luis (2008): Ob.cit., pp. 39 y 40.

“Ahora se comprendía [...] que era posible la existencia del consenso y del diálogo como su instrumento de soporte. El colofón de ello será la firma del pacto de avenimiento obrero-patronal en el año 1958, como una concreción de lo que venía siendo impulsado por

Latinoamericana— el PACTO OBRERO PATRONAL²⁸ celebrado en México, el 7 de abril de 1945, durante el gobierno de general Manuel ÁVILA CAMACHO, entre la Confederación de Trabajadores de México, presidida por Vicente LOMBARDO TOLEDANO²⁹, y la Confederación de Cámaras Industriales³⁰, destinado primordialmente a propiciar el desarrollo económico del país y mejorar las condiciones de vida de la población en el marco de la política de unidad nacional preconizada por el Gobierno Federal.

En paralelo —27 de mayo al 3 de junio de 1945— se celebró en Guatemala un congreso regional de economía, conocido como TRIÁNGULO DE ESCUINTLA, donde representantes del Gobierno Nacional, presidido por el doctor Juan José ARÉVALO, patronos y trabajadores, debatieron sobre tópicos económicos, y concertaron un cúmulo de recomendaciones³¹, entre las que destacan, de un lado, la conveniencia de adoptar un Código de Trabajo³² (que incluyese, entre otras temáticas, la organización sindical, los contratos colectivos, la inspección del trabajo, y las comisiones paritarias), pagar puntualmente a los trabajadores,

Betancourt desde el año 1946. Éste había visto en México (1945), la firma de un pacto entre trabajadores, empresarios y Gobierno, que podía convertirse en importante referente para lograr la paz laboral necesaria en Venezuela para llevar a cabo los cambios económicos necesarios”. LAURIÑO, Luis (2011): Rómulo Betancourt y las relaciones sociales de trabajo. Confrontación del marco teórico aprendido con el deducido de la realidad socio-política. *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, N° 47. UCAB, Caracas, p. 85. Recuperado de: <http://revistas.enlinea.saber.ucab.edu.ve/temas/index.php/rrii2/article/view/895>.

²⁸ LOWY, Michael (2007): *El marxismo en América Latina. Antología, desde 1909 hasta nuestros días*. LOM ediciones, Santiago (Chile), pp. 185-189.

²⁹ También Presidente de la Confederación de Trabajadores de América Latina (1929-1963).

³⁰ “Ambos [...] hemos realizado esta unión sin menoscabo de los puntos de vista particulares de las dos clases sociales que representamos: sin renunciar a la defensa de nuestros respectivos intereses legítimos y sin mengua de los derechos que las leyes vigentes consagran a nuestro favor. En suma, industriales y obreros de México coincidimos en las finalidades supremas que antes hemos enunciado, y en esa virtud hemos resuelto entablar pláticas y formular un programa económico nacional conjunto, para ofrecerlo al Gobierno de la República y al Pueblo Mexicano, como solución patriótica de los graves problemas que ha creado la guerra y de las agudas cuestiones que empieza ya a plantear el advenimiento de la paz”. *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, N° 44 (2008): Sobre el Pacto Obrero Industrial. Manuel Ávila Camacho, Abril de 1945. UCAB, Caracas, p. 228.

³¹ GUERRA BORGES, Alfredo (2006): *Guatemala: 60 años de historia económica (1944-2004)*. Isabel Aguilar, editora, Guatemala, pp. 30 y 31. Recuperado de: <http://ru.iiec.unam.mx/1106/1/Guatemala60a%C3%B1os.pdf>.

³² Adoptado mediante Decreto Legislativo 330 de 8 de febrero de 1947.

incrementar los salarios en las fincas y establecer comisiones para verificar las condiciones de vivienda, salarios y raciones, y crear una oficina gubernamental para la defensa, asesoría y organización de los sindicatos de trabajadores, y del otro, facilitar el acceso al crédito, mantener la libertad de comercio, y garantizar el no involucramiento del Gobierno en actividades empresariales (industriales o comerciales)³³.

En el plano interno cabe señalar, como precedente del PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL, al CONSEJO DE ECONOMÍA NACIONAL, previsto en el Art. 32.º de la Constitución de la República de 20 de julio de 1936 y concebido como instancia formal, orgánica, permanente y pluripartita³⁴ de diálogo y concertación social, análoga al Consejo Económico del *Reich* que previó la Constitución alemana de Weimar de 11 de noviembre de 1919 (Art. 164). El mandato constitucional encarnó –una década después³⁵– en Decreto 211 de 8 de marzo de 1946 (Gaceta Oficial 21953 de la misma fecha), emanado de la Junta Revolucionaria de Gobierno presidida por Rómulo BETANCOURT³⁶, por cuya virtud se le concibió como “organismo autónomo, apolítico y de carácter consultivo, cuyos miembros³⁷ no se

³³ Entre otras, fueron adoptadas las Leyes de fomento Industrial (Decreto 459 de 1947) y de creación del Instituto de fomento de la producción (1948). Ibidem, pp. 31, 42-49.

³⁴ “...La República tendrá un Consejo de Economía Nacional, constituido por representantes de la población productora y de la consumidora, del capital y del trabajo, y de las profesiones liberales. El Poder Ejecutivo determinará sus funciones y organización...”.

³⁵ La inexistencia o debilidad de organizaciones representativas de trabajadores y patronos, como consecuencia del régimen autoritario que recién declina en diciembre de 1935 con la muerte de Juan Vicente Gómez, podría en gran medida explicar la postergación de la referida instancia constitucional.

³⁶ Rómulo BETANCOURT, en alocución del 30 de octubre de 1945, anunció el objetivo gubernamental de “adelantarse a [...los] conflictos [colectivos de trabajo], evitarlos haciendo justicia rápida y eficaz a quien la tenga [...Razón por la cual] el Gobierno realizará muy próximamente la estructuración del Consejo de Economía Nacional. Allí podrán los personeros de las diversas clases sociales, desde la industrial hasta la obrera, debatir en mesa redonda sus problemas, y los problemas generales de la economía venezolana. Tenemos tranquila confianza en que por esa vía se logrará una armónica conjunción de patronos y obreros en beneficio del pueblo y para impulso de nuestra raleada, deficitaria, producción autóctona”. LAURIÑO, Luis (2008): Ob. cit., p. 37.

³⁷ “El Consejo de Economía Nacional [...] estará formado por diez y siete miembros principales: tres graduados en alguna de las facultades o escuelas Universitarias, dos empleados, dos obreros y uno por cada una de las siguientes instituciones o actividades: Banco Central, Banca, Comercio, Industria, Transporte, Agricultura, Cría, Pesca, Hidrocarburos y Minería” (Art. 2º).

considerarán funcionarios públicos, y que tendrá por objeto asesorar al Ejecutivo Federal en todas aquellas cuestiones que interesen al desarrollo y coordinación de la Economía Nacional³⁸” (Art. 1°). Sin embargo, el funcionamiento efectivo del referido CONSEJO habría de esperar –tres lustros– hasta el Plan de la Nación (1960-1964) bajo el gobierno constitucional de Rómulo BETANCOURT³⁹, electo Presidente de la República en los comicios de 7 de diciembre de 1958.

PIEZA CLAVE DEL MODELO DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES

EL PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL constituyó pieza clave del modelo democrático de relaciones laborales⁴⁰ que habría de forjarse a la caída del régimen militar de Marcos PÉREZ JIMÉNEZ, toda vez que:

Emergió –como expresión de pluralismo democrático– de un proceso de diálogo entre los representantes cupulares de patronos y trabajadores, con el impulso del Gobierno Nacional;

Reconoció, no obstante, intereses contrapuestos que propician –de modo irreductible– la conflictividad laboral, y optó, entonces, por impulsar mecanismos idóneos de autocomposición, en sintonía con la libertad sindical:

“[C]reación de Comisiones de Avenimiento en las empresas, formadas por representantes patronales y sindicales, con el propósito de discutir [...] los problemas que surjan con ocasión del trabajo, a fin de buscarle soluciones adecuadas a cada uno de ellos...”; y

³⁸ “Son funciones del Consejo de Economía Nacional: 1°.- Efectuar estudios sobre los problemas económicos y sugerir o recomendar a los Poderes Públicos las medidas que juzgue adecuadas para su solución y para el mejor desarrollo y coordinación de las actividades económicas del país. 2°.- Estudiar los proyectos de leyes y decretos de carácter económico, así como los proyectos de resoluciones que impliquen reformas del Arancel de Aduanas, que el Ejecutivo Federal someterá previamente a su consideración, y emitir el correspondiente informe, dentro del plazo razonable que se le fije” (Art. 4°).

³⁹ LAURIÑO, Luis (2016): *El Consejo Nacional de Economía Productiva*. UCAB, 2016, p. 1. Recuperado de: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/IIES/recursos/Opinion/Articulos/Articulo%20consejo%20nac%20economia%20productiva.pdf.

⁴⁰ Ver VILLASMIL, Humberto (2004): Ob.cit, pp. 11-16.

“[N]ecesidad de que tanto patronos como trabajadores, sin renunciar a las acciones legales que les competen, agoten las medidas conciliatorias antes del planteamiento de cualquier conflicto, valiéndose para ello de los procedimientos que existan en los Contratos Colectivos vigentes, de la gestión de los funcionarios del Trabajo y de las Comisiones de Avenimiento que nazcan como fruto de la presente declaración”.

Destacó la esencialidad del pleno y eficaz ejercicio de la libertad sindical (“Reconocimiento y respeto a la libertad de organización sindical sin interferencia de ninguna clase”), esto es, el derecho de patronos y trabajadores a organizarse en la forma que estimen conveniente y sin autorización previa con el objeto de promover y defender sus intereses de clase o categoría⁴¹, severamente menguada durante el régimen militar que depuso al presidente Rómulo GALLEGOS (24 de noviembre de 1948), tal como lo demostraron, entre otras manifestaciones, la disolución de la Confederación de Trabajadores de Venezuela, sus federaciones y sindicatos afiliados (25 de febrero de 1949)⁴²; el encarcelamiento y exilio de dirigentes sindicales⁴³; las observaciones críticas provenientes de la Delegación de la OIT que visitó Venezuela entre 22 de julio y 1° de septiembre de 1949; la expulsión del país –como *persona non grata*– de Adrianus VERMEULEN, representante del Grupo de los Trabajadores del Consejo de Administración de la OIT en la V Reunión de la Comisión del Petróleo instalada en Caracas el 25 de abril de 1955⁴⁴; la consecuente –y abrupta– clausura de este evento el 2 de mayo del mismo año; y la decisión gubernamental, como reacción a los últimos eventos referidos, de retirar a Venezuela de dicha organización, cuyos efectos se materializaron, *ex Art.* 1.5 de la Constitución de la OIT, el 2 de mayo de 1957⁴⁵;

⁴¹ Arts. 2, 3 y 10 del Convenio 87 OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948).

⁴² Ver Informe N° 20 de 1° de junio de 1956, caso 20, emitido por el Comité Libertad Sindical OIT. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NQ::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID,P50002_LAN_G_CODE:2898118,es.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Ver VILLASMIL, Humberto (2015): Adrianus Vermeulen: Persona non grata. A 60 años del anuncio del retiro de Venezuela de la OIT, en 1955. Revista Gaceta Laboral, Vol. 21, N° 1. Universidad del Zulia, Maracaibo. Recuperado de: <http://produccioncientificaluz.org/index.php/gaceta/article/download/19954/19887>.

⁴⁵ Un año después, con ocasión del Primero de Mayo de 1958, el Presidente de la Junta de Gobierno, Almirante Wolfgang LARRAZÁBAL dirigió al país una alocución radial donde,

Evidenció la inescindibilidad e interdependencia entre libertad sindical y libertades civiles⁴⁶, al propiciar la consolidación del sistema democrático como premisa de aquélla⁴⁷: “el momento que vive el país exige de todos los sectores que integran la vida nacional el mayor esfuerzo para lograr la consolidación de un sistema institucional donde prevalezca el respeto por los valores morales, la elevación de la dignidad humana y el libre ejercicio democrático de las instituciones”.

Ese objetivo fue ratificado en el III Congreso Nacional de Trabajadores, convocado por el Comité Sindical Unificado y celebrado del 13 al 21 de noviembre de 1959, del cual emergió la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV)⁴⁸:

entre otros aspectos, informó acerca del “reingreso de Venezuela a la OIT.” CROES, Hemmy (1973): Ob.cit., p. 174.

⁴⁶ La OIT adoptó el 25 de junio de 1970 la Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, donde se proclama: “...Considerando que sin independencia nacional ni libertad política no pueden existir derechos sindicales plenos y genuinos [...]: Reconoce que los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles...”.

⁴⁷ En este sentido, el Preámbulo de la Carta Democrática Interamericana de la Organización de Estados Americanos (11 de septiembre de 2001), reconoció “que el derecho de los trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos”.

⁴⁸ La boleta de inscripción –N° 90- aparece expedida por el Ministerio del Trabajo el 16 de febrero de 1962. Como precedentes cabe destacar que:

- Entre el 26 de diciembre de 1936 y el 7 de enero de 1937 se celebró en Caracas el I Congreso Nacional de Trabajadores Venezolanos. En dicho ámbito fue constituida la Confederación Venezolana del Trabajo (CVT) y sancionados sus estatutos el 3 de enero de 1937. El 4 de febrero de 1937 el Gobierno del Distrito Federal resolvió la disolución del Frente Obrero y Frente Nacional de Trabajadores, abortando así el registro de la referida confederación sindical. CONFEDERACIÓN DE TRABAJADORES DE VENEZUELA (1987): Antecedentes y testimonios de los Congresos de la CTV. T. I. INAESIN - ILDIS, Caracas, pp. 83, 206 y 236.

- El 13 de febrero de 1948 fue inscrita la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) ante el Ministerio del Trabajo, y -mediante Decreto 56 de 25 de febrero de 1949- disuelta -junto con sus organizaciones filiales- por la Junta Militar de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela - integrada como consecuencia del derrocamiento del Presidente de la República Rómulo de GALLEGOS, el 24 de noviembre de 1948- con fundamento en “actividades ilícitas tendentes a crear un estado de desasosiego y convulsión social”, “movimientos huelguísticos que se han pretendido extender por todo el país, contrarios al objeto que la Ley señala a las organizaciones sindicales”, su condición de “verdaderos organismos

“Reafirmamos nuestra decisión de defender al régimen constitucional mientras éste garantice la libertad sindical y la satisfacción de las aspiraciones populares. Y declaramos nuestro rechazo a los intentos regresivos de las fuerzas enemigas de la democracia en nuestro país...”⁴⁹; y

Fomentó la regulación autónoma de las relaciones de trabajo mediante el cumplimiento estricto de los contratos colectivos, la celebración de dichos instrumentos normativos por actividad económica para así “uniformar las condiciones de trabajo y estabilizar las relaciones obrero-patronales”, y el agotamiento, en caso de conflicto colectivo de trabajo, de los procedimientos conciliatorios consagrados en contratos colectivos.

INSTRUMENTO PARA DELIMITAR, PREVENIR Y ENCAUZAR LA CONFLICTIVIDAD LABORAL

EL PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL delimitó, previno y encauzó el conflicto colectivo de trabajo:

Lo delimitó al consagrar como objetivo la “paz social permanente”, y estatuir mecanismos específicos para su autocomposición⁵⁰. De

políticos superpuestos a las agrupaciones de base de los trabajadores en virtud de que fueron creadas bajo el régimen anterior con el objeto de someter las fuerzas sindicales al control exclusivo de un partido”, la “amenaza para la paz y estabilidad económica de la nación”, y la frustración de la “defensa de los intereses de los trabajadores”. *Ibidem*, pp. 361-363.

⁴⁹ Acuerdo 7° de la Declaración de Principios del III Congreso de Trabajadores de Venezuela. CONFEDERACIÓN DE TRABAJADORES DE VENEZUELA (1987): *Antecedentes y testimonios de los Congresos de la CTV*. T. II. INAESIN - ILDIS, Caracas, p. 241.

⁵⁰ El objetivo de paz social provocó críticas dentro del movimiento sindical –que adscribía a las ideas comunistas-, por estimarlo expresión de colaboracionismo entre clases. En ponencia presentada ante el III Congreso de Trabajadores de Venezuela (1959) se sostuvo que: “Concebida así la política del colaboracionismo de clases, se comprende que los avenimientos obrero-patronales, realizados bajo el signo de tal política, benefician únicamente a los empresarios; y por lo tanto no son aconsejables para el movimiento sindical [...] Los avenimientos obrero-patronales [pueden ser aconsejables...] si reúnen estas condiciones: a) Ninguna subordinación de los intereses de los trabajadores a los intereses de los patronos; b) Fines concretos y duraciones determinadas; [y] c) Ser manifestaciones de una política justa de alianzas, elaborada democrática y unitariamente por los trabajadores, y de ninguna manera el resultado de una presión exterior sobre la clase obrera [...] Hasta ahora los avenimientos obrero-patronales realizados en nuestro país, y los propuestos por organizaciones patronales, carecen de una finalidad concreta, capaz de interesar a los sindicatos y convencer

este modo, el *campo de batalla* entre capital y trabajo devino circunscrito a “los problemas que surjan con ocasión del trabajo”, descartando así el cuestionamiento de la titularidad de los medios de producción y el poder de mando patronal que de tal circunstancia –en el sistema capitalista– se desgaja⁵¹. En definitiva, reprodujo la lógica de la juridificación –por parte del Derecho del Trabajo– del conflicto entre trabajo asalariado y capital⁵², reconociendo el poder de organización, dirección y disciplina del proceso productivo que ostenta el patrono como titular de la empresa, y el consecuente deber de obediencia del trabajador subordinado que presta servicios personales en condiciones de ajenidad. Al lado de esta interacción que supone preeminencia del poder patronal y sumisión del trabajador, se reconoce el derecho a la libre organización sindical, la negociación colectiva, la gestión del conflicto colectivo de trabajo y el ejercicio de la huelga como mecanismos autonómicos de igualación material de los trabajadores;

Lo previno al impulsar la plena observancia del régimen jurídico –heterónimo y autónomo– en materia laboral (“Estricto cumplimiento

a los obreros de su utilidad [...] Se trata únicamente de acuerdos orientados a lograr la paz social, sobre la base de eternizar las condiciones actuales de vida de los patronos y los obreros...”. *Ibidem*, pp. 132 y 133.

⁵¹ Eso explica el tono desencantado que dejan traslucir algunos líderes sindicales -afectos al comunismo- en relación con el PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL, como es el caso de Rodolfo QUINTERO: “fue un error, no obstante que yo fui uno de los firmantes. Allí intervino muy activamente la gente que acababa de derrotar a Pérez Jiménez y se revivió en esa época algo similar a lo que habíamos visto antes, que fue la situación de los browderistas en los Estados Unidos [-en referencia a Earl BROWDER, secretario general del Partido Comunista de los EE.UU. en tiempos de la II Guerra Mundial, impulsor de la tesis del frente amplio, por cuya virtud los partidos comunistas debían ofrecer máxima colaboración a los gobiernos adversos al fascismo-]; se paralizó la lucha de clases. [...] Ese pacto, en verdad, es un monumento a la colaboración de clases.” LAURIÑO, Luis (2008): *Ob. cit.*, pp. 89 y 90.

En sentido análogo: “La firma del ‘Pacto’ la demandaron los patronos ‘en aras de la estabilidad democrática’, manejando el chantaje golpista con arreglo a sus intereses [...] Pese a la defensa que se hizo de dicho ‘Pacto’ [...], en la letra y en la práctica tal ‘avenimiento’ constituía el abandono de los principios y una virtual colaboración de clases. Esto, que no significa nada extraño a la conducta del sector reformista del movimiento obrero, sí lo era para la del sector revolucionario, que imaginó sepultar tan serio error bajo los escombros de la II Guerra Mundial, después que fueron derrotadas las ideas de Browder.” CROES, Hemmy (1973): *Ob. cit.*, p. 175.

⁵² PALOMEQUE, Manuel Carlos (1984): *Derecho del trabajo e ideología*. 2ª edición. AKAL, editor, Madrid, p.16.

de los Contratos Colectivos y de la Ley del Trabajo tanto por parte de los patronos como por parte de los trabajadores”) e incentivar la estabilidad en el empleo (“La conveniencia de mantener la mayor estabilidad posible de los trabajadores, colaborando las empresas en no hacer despidos a menos que tengan razones que así lo ameriten”); y

La encauzó al estimular la creación de comisiones –paritarias– de avenimiento y promover el agotamiento de estos mecanismos de auto-composición, junto con los previstos en el ordenamiento jurídico y los contratos colectivos de trabajo, antes de optar por la huelga.

En síntesis, el PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL de 24 de abril de 1958, primera experiencia de concertación social en Venezuela, prefiguró las piezas básicas del modelo de relaciones laborales del emergente sistema político democrático, reconociendo, de un lado, la libertad sindical y su vínculo –inescindible e interdependiente– con los derechos civiles y políticos, y del otro, la inmanencia del conflicto colectivo de trabajo y la conveniencia de su delimitación, prevención y autocomposición.

Traslució así un objetivo de paz laboral como soporte del sistema democrático en ciernes y premisa del pleno y eficaz ejercicio de la libertad sindical:

Consagró, entre otros compromisos, la interdicción de interferencias antisindicales y despidos arbitrarios, la estricta observancia de la legislación laboral y los contratos colectivos de trabajo, y el impulso de las negociaciones colectivas por actividad económica que, a la postre, regularía el Decreto-Ley 440 sobre Contratos Colectivos por Ramas de Industrias de 21 de noviembre de 1958, cuyo régimen –en gran medida– pervive en la actualidad; y

Esbozó, como mecanismo destinado a delimitar, prevenir y moderar la conflictividad laboral, la instauración de comisiones –bipartitas– de avenimiento y la sujeción a los medios –legales, convencionales y paccionados– de autocomposición de conflictos colectivos de trabajo.

Al PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL suele adjudicársele carácter meramente coyuntural, producto del tránsito a la democracia y, por tanto, fenómeno anclado en las vicisitudes y expectativas de 1958, y reprochársele –desde sectores afectos al comunismo– haber impulsado el “colaboracionismo entre clases” y favorecido los

intereses patronales. No obstante, cabría contraponer a tal perspectiva, confeccionada a la luz de un conveniente espejo retrovisor, instalado luego de la derrota en las elecciones presidenciales de noviembre de 1958⁵³ y bajo el embrujo de la triunfante Revolución cubana de enero de 1959, que resultaba imperativo, tras un decenio de persecución sindical, fortalecer las bases del emergente sistema democrático y, con ello, el sustrato de derechos civiles y políticos inescindibles e interdependientes de la libertad sindical.

En particular, es de destacar que el modelo de relaciones laborales, de talante democrático, que dicho pacto configuró y que en gran medida prevalece⁵⁴, reconoció la inmanencia de los conflictos colectivos de trabajo y la –tácita– justificación de la huelga como instrumento de igualación de los trabajadores, optó por mecanismos de autocomposición de dichos conflictos, en consonancia con el principio de libertad sindical, e impulsó la implantación de organizaciones sindicales a nivel de empresa y la gestión de procesos centralizados de negociación colectiva por rama de actividad económica..

OTRAS EXPRESIONES DE CONCERTACIÓN SOCIAL

El diálogo y la concertación social fueron objetivos fundamentales del período democrático 1958-1999, materializados –principalmente– a través del denominado *sistema populista de conciliación*⁵⁵, por cuya

⁵³ El Partido Comunista de Venezuela -junto con Unión Republicana Democrática y Movimiento Electoral Independiente- apoyó la candidatura del Contralmirante Wolfgang LARRAZÁBAL en las elecciones presidenciales de 7 de diciembre de 1958, en las que resultó ganador Rómulo BETANCOURT, candidato de Acción Democrática.

⁵⁴ No obstante, como se reiterará luego, el influjo ideológico del Gobierno Nacional a partir de 1999, basado en la relación caudillo-ejército-pueblo, negador -por tanto- del pluralismo democrático, y comprometido con la transición al socialismo a partir de 30 de enero de 2005 (Discurso del Pdte. Hugo Chávez ante el Foro Social Mundial, en Rio Grande do Sul, Brasil); todo lo cual ha justificado el desmantelamiento progresivo de la concertación social y la exacerbación de los intereses contrapuestos de patronos y trabajadores.

⁵⁵ “[C]onstituido por un complejo sistema de negociación y acomodación de intereses heterogéneos, en el que los mecanismos de tipo utilitario iban a desempeñar un papel central en la generación de apoyos al régimen y, por consiguiente, en el mantenimiento del mismo”. [...] Dos son los factores fundamentales en los que se ha basado el funcionamiento de este sistema. En primer lugar, el papel central desempeñado por el Estado venezolano, como principal actor y propulsor del proceso de desarrollo y como distribuidor de sus beneficios.

virtud los gobiernos nacionales asumieron la política de distribución clientelar de la renta petrolera e impulso de mecanismos informales de participación y consulta con actores sociales para asegurar la estabilidad del modelo⁵⁶.

En el quinquenio 1974-1979, el Ejecutivo Nacional impulsó, aunque con escasos resultados, una instancia formal, orgánica, permanente y tripartita de diálogo y concertación social denominada COMISIÓN DE ALTO NIVEL. La notable preeminencia del sector gubernamental, muy probablemente apalancado en el poder económico que deriva de la renta petrolera⁵⁷ eclipsó progresivamente el interés de los representantes de patronos y trabajadores, toda vez que apenas fue percibida como “medio para la comunicación de las decisiones tomadas por el Estado”⁵⁸.

Resulta relevante también referir al CONSEJO NACIONAL DE COSTOS, PRECIOS Y SALARIOS, constituido mediante Decreto 1355 de 23 de diciembre de 1981 (Gaceta Oficial N° 32.385 de 4 de enero de 1982), como –frustrada⁵⁹– instancia de diálogo y concertación social tripartita y antecedente directo de la Comisión, de idéntico nombre, que tres años más tarde merecerá sanción legislativa.

Durante el período 1984-1989 se instauró la fórmula del PACTO SOCIAL⁶⁰, en cuyo ámbito se promulgó la Ley de Creación de la

En segundo lugar, las funciones cumplidas por los partidos políticos y unos pocos grupos organizados (grupos de presión institucionales y asociacionales [entre ellos, organizaciones de trabajadores y de patronos]), como mediadores entre el Estado y el conjunto de la sociedad”. REY, Juan Carlos (1991): Ob. cit., pp. 543 y 544.

⁵⁶ “[S]e desarrolló un sistema informal que incluía la consulta y participación para las decisiones gubernamentales fundamentales al empresariado (a través de Fedecámaras), a los trabajadores (a través de la Confederación de Trabajadores de Venezuela [CTV]), a las Fuerzas Armadas (a través del Alto Mando Militar), y a la Iglesia católica (a través de su más alta jerarquía)” (Corchetes del texto citado). *Ibidem*, p. 553.

⁵⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1995): *Relaciones de Trabajo en Venezuela*. Serie de Relaciones de Trabajo N° 7. OIT, Ginebra, p. 106.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 106.

⁵⁹ URRIZA, Manuel (1984): *Ley de Costos, Precios y Salarios*. *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, N° 14/15. UCAB, Caracas, pp. 108-112. Recuperado de: <http://revistas.enlinea.saber.ucab.edu.ve/temas/index.php/rrii2/article/viewFile/1424/1260>.

⁶⁰ “Para la época gravitaban con realce en el Derecho Laboral Comparado las experiencias de concertación social trilateral en Europa y, específicamente, en España: el AMI (Acuerdo Marco Interconfederal de 1980), el ANE (Acuerdo Nacional de Empleo de 1981), el AI (Acuerdo Interconfederal de 1983) o el AES (Acuerdo Económico y Social de 1984); y en

Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios, de 28 de junio de 1984 (Gaceta Oficial 33011 de 2 de julio del mismo año). Dicha Comisión fue revestida de carácter tripartito⁶¹ y se le atribuyeron funciones consultivas en materia económica, entre las cuales destacan proponer bienes y servicios que deban declararse de primera necesidad, dictaminar previamente sobre cualquier fijación o modificación de precios de los bienes y servicios de primera necesidad, y promover la fijación de salarios mínimos (Art. 6). Las desavenencias internas dieron al traste, al poco tiempo, con la Comisión⁶².

La concertación social, inaugurada con el PACTO DE AVENIMIENTO OBRERO PATRONAL (1958), se intensificó, no casualmente, en el último tercio de la década del 90 del siglo pasado, período también de crispación política, cuando fueron suscritos un cúmulo de acuerdos tripartitos que legitimaron la reforma de la Ley Orgánica de Trabajo de 6 de junio de 1997 en materia de prestaciones sociales, recomposición del salario, y fijación tripartita del salario mínimo, sentaron las bases de un nuevo –y jamás implantado– sistema de seguridad social, consensuaron la fijación –trilateral– de salarios mínimos (1998), diseñaron una política de empleo, y concibieron una instancia tripartita y permanente de concertación social.

En efecto, la legislación laboral venezolana, desde 1974, reconoció a los trabajadores el derecho a percibir, en caso de terminación de la relación de trabajo por cualquier causa, el equivalente a treinta (30) días de salario por año de servicio, calculados con base en el último salario devengado. El proceso inflacionario que afectó severamente al país una década más tarde⁶³ –y que hoy padecemos en niveles nunca

Italia el Pacto Scotty de 1983”. CARBALLO MENA, César Augusto y VILLASMIL PRIETO, Humberto (1998): *Diálogo y concertación social en Venezuela*. UCAB - El Centauro Editores, Caracas, p. 40.

⁶¹ Art. 3.- “La Comisión [...] estará integrada por el Ministro de Fomento o quien haga sus veces, quien la presidirá, y los Ministros del Trabajo y de Agricultura y Cría, o quienes hagan sus veces; así como por un (1) representante de la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) y uno (1) de la Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción (FEDECAMARAS)...” (Art. 3).

⁶² CARBALLO MENA, César Augusto y VILLASMIL PRIETO, Humberto (1998): Ob.cit., p. 41.

⁶³ 1985 (9,1%), 1986 (12,7%), 1987 (40,3%), 1988 (35,5%), 1989 (81%), 1990 (36,5%), 1991 (31%), 1992 (31,9%), 1993 (45,91%), 1994 (70,8%), 1995 (56,6%), 1996 (103,2%), y 1997

antes conocidos— propició que desde el sector patronal se cuestionase el método *retroactivo*⁶⁴ de cálculo de las prestaciones sociales, toda vez que impedía la determinación cierta de los costos laborales. Se agregaba además que la concepción de las prestaciones sociales como ahorro forzoso frente a las contingencias derivadas de la vejez, la enfermedad o la cesantía, debía ser sustituida por un moderno sistema de seguridad social que brindase respuesta a las diversas contingencias sociales.

Desde entonces, prestaciones sociales y sistema de seguridad social se conjugaron como tópicos de una urgente reforma legislativa, resistida en principio por todo el espectro ideológico del movimiento sindical. No obstante, a partir de 1996 y dentro del programa de ajustes económicos anunciado por el Ejecutivo Nacional (Agenda Venezuela), se instaló la denominada —e informal— COMISIÓN TRIPARTITA que habría de discutir la eventual reforma del régimen de prestaciones sociales y la implantación de un nuevo sistema de seguridad social.

La COMISIÓN TRIPARTITA (1996-1999) alcanzó los siguientes acuerdos⁶⁵:

(37,6%). Recuperado de: <http://misiones.ucregonellsabatino.blogia.com/2013/032701-la-inflacion-en-venezuela-1985-2012.php>.

⁶⁴ El denominado método de cálculo retroactivo de las prestaciones sociales ciertamente produjo efectos nocivos sobre el salario: de un lado, desfasó los salarios mínimos frente a los índices inflacionarios, y del otro, promovió la desalarización de la remuneración, esto es, la imposición estatal de retribuciones declaradas no salariales que pretendían aliviar las necesidades vitales del trabajador sin impactar los pasivos laborales por concepto de prestaciones sociales. Como si se tratase de un sombrío déjalu, idéntico proceso se transita en la actualidad, luego de que el método de liquidación de las prestaciones sociales fuese reimplantado en 2012 y se afronte —con mucho— el índice inflacionario de 2017 más alto del planeta, calculado alrededor de 2100% y 2700% (Ver: https://www.google.co.ve/search?q=inflación+2017&rlz=1C1CHZL_esVE731VE731&oq=inflación+&aqs=chrome..69i57j0l5.8840j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8 y <http://globovision.com/article/venezuela-rompe-records-negativos-y-cerrara-2017-con-2-700-de-inflacion>). En este sentido, la prestación dineraria que el empleador debe pagar —a partir del 1º de enero de 2018— a sus trabajadores por concepto de subsidio a la alimentación —excluido, por tanto, del salario— supera en 111% el monto fijado como salario mínimo. En otras palabras, el componente salarial solo representa el 31,16% de la retribución mínima garantizada, siendo que el restante 68,84% lo integra el subsidio alimentario denominado cestaticket socialista (Gaceta Oficial 6354 de 31 de diciembre de 2017).

⁶⁵ CARBALLO MENA, César Augusto y VILLASMIL PRIETO, Humberto (1998): Op. cit., pp. 44-62.

Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial (ATSSI) de 17 de marzo de 1997: términos de la reforma de las prestaciones sociales y el nuevo sistema de seguridad social integral, recomposición salarial (reconocimiento de la naturaleza salarial de las bonificaciones extraordinarias conferidas por el Ejecutivo Nacional a los trabajadores y de los subsidios o facilidades patronales⁶⁶), fijación tripartita del salario mínimo (a través de la Comisión Tripartita Nacional, primero desaplicada a partir de 1999 y luego formalmente derogada mediante el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 30 de abril de 2012), régimen de indemnizaciones en caso de extinción del vínculo laboral por causa imputable al empleador, y fortalecimiento de las relaciones colectivas de trabajo y del diálogo social tripartito;

Acuerdo Tripartito sobre Estabilidad en el Empleo y Salarios (ATES) de 3 de julio de 1997: formulación trilateral de la política de empleo y formación para el trabajo⁶⁷, reconocimiento de los mecanismos de estabilidad en el empleo previstos en la legislación laboral entonces vigente, y compromiso del sector patronal de preservar la estabilidad en el empleo, concertar sobre esta materia con las organizaciones sindicales, y ajustar los salarios de los trabajadores con base en las capacidades económicas de la empresa⁶⁸;

⁶⁶ Este último objetivo devino parcialmente frustrado en la reforma laboral de 1997 donde se consagraron beneficios sociales de carácter no salarial, tales como alimentación, servicios de salud, medicamentos, etc. (Art. 133, Parágrafo tercero de la Ley Orgánica del Trabajo, reformada el 10 de junio de 1997 y publicada en Gaceta Oficial 5152 Ext. de 19 del mismo mes y año). El proceso de *desalarización* de la remuneración supone que en la actualidad menos de un tercio de lo percibido por el trabajador a cambio de la prestación de sus servicios revista naturaleza salarial, mientras que el resto, aludido como subsidio alimentario o “cestaticket socialista”, queda excluido de tal categoría (ver nota 49).

⁶⁷ El 25 de agosto de 1997 se instaló en la sede del Ministerio del Trabajo una comisión técnica tripartita para el diseño de la política de empleo y formación para el trabajo, la cual fue acordada –bajo la denominación Política de Empleo Concertada (PEC)- el día 16 de diciembre del mismo año.

⁶⁸ “Fueron instaladas en la sede del Ministerio del Trabajo cuatro (4) comisiones tripartitas sectoriales (servicio, comercio, industria y finanzas) a los fines de discutir acerca de los ajustes salariales realizados, con miras a la fijación de tarifas salariales –que regirían en cada sector o rama de actividad- en atención a lo dispuesto en el artículo 171 de la [para entonces vigente] Ley Orgánica del Trabajo”. CARBALLO MENA, César Augusto y VILLASMIL PRIETO, Humberto (1998): Op. cit., p. 50.

Acuerdo Tripartito para la Revisión de los Salarios Mínimos (ATSAM) de 18 de febrero de 1998: celebrado por la Comisión Tripartita Nacional instalada el 8 de enero del mismo año, por cuya virtud se fijaron los salarios mínimos correspondientes a trabajadores urbanos y rurales, aprendices, y conserjes⁶⁹; y

Acuerdo Tripartito sobre Diálogo y Concertación Social (ADIC) de 25 de octubre de 1998: prevé la constitución y funcionamiento permanente de la Comisión Tripartita para el Diálogo y la Concertación Social, la cual fijaría su propia agenda y contaría con apoyo técnico local y de la OIT⁷⁰.

La reforma del régimen de prestaciones sociales⁷¹ que impulsó la COMISIÓN TRIPARTITA fue visceralmente adversada por ciertos sectores políticos y sindicales⁷² que, a la postre, apoyaron la candidatura del comandante Hugo CHÁVEZ, a propósito de las elecciones presidenciales celebradas el 6 de diciembre de 1998 y donde este recabó el cincuenta y seis coma veinte por ciento (56,20%) de los votos escrutados. Esta circunstancia, en el contexto ideológico del gobierno emergente, basado en la relación caudillo-ejército-pueblo, negador –por tanto– del pluralismo democrático⁷³, y –a partir de 30 de enero

⁶⁹ Dichos acuerdos, a los fines de revestirlos de fuerza vinculante, fueron publicados en las resoluciones Nos. 2846 y 2847 de 19 de febrero de 1998 (Gaceta Oficial 36399 de la misma fecha), emanadas del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

⁷⁰ La Comisión Tripartita Nacional para el Diálogo y la Concertación Social y su Comisión Técnica Tripartita fueron constituidas mediante Decreto 3080 de 3 de diciembre de 1998 (Gaceta Oficial 36.596 de 4 del mismo mes y año). No obstante, el triunfo electoral del comandante Hugo CHÁVEZ FRÍAS, ese mismo mes de diciembre de 1998, frustró la efectiva instalación y funcionamiento de las referidas instancias de diálogo y concertación social.

⁷¹ Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo de 19 de junio de 1997.

⁷² Dicha oposición se tradujo en la interposición de diversos recursos de nulidad contra la Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 19 de junio de 1997, ninguno de los cuales llegó a prosperar: v. sentencias 842, 2884 y 2949, de fechas 28 de julio de 2000, 4 de noviembre de 2003 y 14 de diciembre de 2004 respectivamente, proferidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

⁷³ “Se diferencia del modelo democrático, tanto liberal como neo-liberal, porque dentro de la orden popular (mandato) está implícita la idea de que el poder debe permanecer concentrado o, unificado y centralizado: el pueblo elige a una persona (que es automáticamente proyectada al plano de la metapolítica) y no a una idea o institución.” BOSCÁN CARRASQUERO, Guillermo (2010): Ceresole y la Revolución de Chávez: la relación caudillo, ejército y pueblo. *Revista de Ciencias Sociales*, N° 25. Universidad Arturo Prat, Tarapacá (Chile). 62. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70817741004>. “Así es como la

de 2005⁷⁴— comprometido con la transición al socialismo, justificó el desmantelamiento del tripartismo⁷⁵ y la exacerbación de los intereses contrapuestos de patronos y trabajadores⁷⁶.

El apuntado objetivo gubernamental de implantar un modelo de producción socialista involucra el cuestionamiento de las funciones reivindicativas y del carácter autárquico⁷⁷ —premisa del diálogo y la concertación social— de las organizaciones sindicales:

Alianza Cívico-Militar pasa a convertirse el eje fundamental de la Revolución de Hugo Chávez, caracterizada por la ausencia de intermediación entre un líder carismático al mejor estilo de Weber y su pueblo, relación que es resguardada indefectiblemente por el ejército.”
Ibidem, p. 71.

⁷⁴ “[E]l capitalismo no se va a trascender por dentro del mismo capitalismo, no. Al capitalismo hay que trascenderlo por la vía del socialismo, por esa vía es que hay que trascender el modelo capitalista, el verdadero socialismo, la igualdad, la justicia”. El futuro del norte es el sur. Discurso del presidente Chávez en el Foro Social Mundial. Rio Grande do Sul. 30 de enero de 2005. Publicación del Ministerio de Comunicación e Información de la República Bolivariana de Venezuela, Caracas, p. 26. Recuperado de: <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/downloads/2013/02/folletoeluturodelnorteeselsur.pdf>.

⁷⁵ La Misión Tripartita de Alto Nivel de la Organización Internacional del Trabajo que visitó el país entre el 27 y el 31 de enero de 2014 recomendó, entre otros aspectos, la constitución de Mesas de Diálogo entre los actores sociales. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcms/p5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_237812.pdf. Por su parte, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, integrada mayoritariamente por diputados que adversan al Gobierno Nacional, acordó -el 10 de marzo de 2016- solicitar la asistencia técnica de la Organización Internacional del Trabajo para redactar y debatir instrumentos normativos y políticas nacionales destinados, entre otros aspectos, a “promover el más amplio y democrático diálogo social con todos los sectores sindicales y patronales del país, sin sectarismos de ninguna especie”.

⁷⁶ El naufragio del diálogo social se intensificó por la radical confrontación entre el Gobierno Nacional y los organismos cupulares de patronos (FEDECAMARAS) y trabajadores (CTV), a los que se atribuyó la principal responsabilidad de haber fraguado un golpe de estado el 11 de abril de 2002. Más recientemente el Ejecutivo Nacional, con el ánimo de justificar los efectos perniciosos del proyecto mesiánico, comunal y voluntarista que encarna, ha imputado al -reducido, debilitado y en extremo controlado- sector empresarial del país el despliegue de una supuesta guerra económica que tendría por objeto la desestabilización política a favor de intereses foráneos. Ver: <http://noticiaaldia.com/2015/07/maduro-señala-que-sectores-empresariales-tienen-secuestrada-la-economia-y-le-piden-res-cate-al-pueblo/>.

⁷⁷ “[E]l propio Presidente Chávez reabrió este debate al plantear en un discurso, que la autonomía sindical era un veneno heredado de la IV República y en consecuencia anunciaba batallar contra este importante criterio existente al interior de las organizaciones sindicales”. CHIRINOS, Orlando: Independencia y autonomía del movimiento sindical, p. 1. Recuperado de: <http://www.ildis.org.ve/webs/ite/administrador/uploads/PonenciaInterdependenciaOrlandoChirino.pdf>.

...los sindicatos no quieren tener nada que ver con el partido ni con el gobierno, quieren ser autónomos; es una especie de chantaje y resulta que entonces tenemos, hemos tenido y seguimos teniendo unos sindicatos como inodoros, insípidos [...] que pierden de vista la lucha histórica de la clase obrera por la Revolución, con el cuento de que son autónomos los sindicatos⁷⁸.

De hecho, las organizaciones sindicales no aparecen tan siquiera mencionadas en los Planes –Primero⁷⁹ y Segundo⁸⁰– Socialistas de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007- 2013 y 2013-2019, respectivamente, toda vez que el modelo de producción que se pretende implantar encarna en el poder popular como manifestación de democracia participativa y directa, en detrimento de cualquier instancia de representación de intereses colectivos o grupales.

Por su parte, los empleadores privados y sus organizaciones son considerados expresión del modelo de explotación capitalista que debe erradicarse para que emerja, como alternativa, el socialismo bolivariano del siglo XXI: “Continuar construyendo el socialismo bolivariano del siglo XXI, en Venezuela, como alternativa al sistema destructivo y salvaje del capitalismo...”⁸¹.

La perspectiva expuesta en los párrafos precedentes aparece plasmada en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, de 30 de abril de 2012⁸², proclamado como instrumento para el impulsar la transición al modelo de producción socialista⁸³:

⁷⁸ CHÁVEZFRÍAS, Hugo: Discurso pronunciado el 24 de marzo de 2007. Recuperado de: http://www.elmilitantevenezuela.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5802:declaracion-de-la-cmr-sobre-la-consigna-de-autonomia-sindical&catid=3&Itemid=100037.

⁷⁹ Recuperado de: https://www.mppeuct.gob.ve/sites/default/files/des_cargables/proyecto-nacional-s_imon-bolivar.pdf.

⁸⁰ Presentado por el Pdte. Nicolás MADURO ante la Asamblea Nacional el 28 de septiembre de 2013 y aprobado por esta mediante Acto Legislativo de 3 de diciembre del mismo año (Gaceta Oficial 6118 Extraordinario de 4 de diciembre de 2013).

⁸¹ Ídem.

⁸² Dictado por el Presidente de la República, aduciendo la facultad prevista en el artículo 1, numeral 9 de la Ley que Autoriza al Presidente de la República a Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan, de 17 de diciembre de 2010 (Gaceta Oficial N° 6.009 Ext. de la misma fecha).

⁸³ El DLOTTT es dictado, según consta en su fundamentación, “Con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria en la construcción del socialismo...”.

Del catálogo de contenidos de la libertad sindical en su plano colectivo⁸⁴ suprimió la participación de los trabajadores en el diálogo social (Art. 356)⁸⁵; y suprimió también –como se destacó en párrafo precedente– la modalidad de fijación del salario mínimo a través de una comisión tripartita nacional (Arts. 167-170 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo) y el reconocimiento de tarifas salariales convenidas en un determinado sector de actividad económica (artículo 171 *eiusdem*), trasgrediendo así el derecho fundamental a la concertación social, según será destacado en los próximos párrafos, y, más específicamente, los deberes previstos en los Arts. 2 y 3.2 del Convenio 26 OIT sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos.

Por último, conviene advertir que ni el Consejo Nacional de Economía Productiva, instalado –por iniciativa del Ejecutivo Nacional– en enero de 2016, ni el proceso que derive del Decreto de convocatoria al diálogo constituyente de economía productiva y diversificada, de 31 de agosto de 2017, proferido por la espuria⁸⁶ Asamblea Nacional Constituyente (Gaceta Oficial 41226 de la misma fecha), pueden calificarse como expresiones de concertación social, toda vez que regulan interacciones bajo control estatal⁸⁷, desconocen la autarquía de los actores sociales, y prescinden del criterio de mayor representatividad de las

⁸⁴ La norma precursora, contenida en el artículo 113.b.vi del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, contemplaba el derecho de los trabajadores, en ejercicio de la libertad sindical, a la *participación en el diálogo social y en la gestión de la unidad productiva*.

⁸⁵ Con ello quizá se pretendió reconocer también legitimación para el diálogo social a los consejos de trabajadores, concebidos como instancias del poder popular que tienen por objeto participar protagónicamente en la dirección de las entidades de trabajo (Arts. 497 y 498 DLOTTT). En tal sentido, los artículos 25 y 499.17 *eiusdem* aluden al diálogo social amplio, como expresión de la democracia participativa y protagónica, y atribuyen al ministerio del poder popular con competencia en materia de trabajo y seguridad social la potestad de impulsar dicha interacción con las “organizaciones sindicales y sociales” que se relacionan en el “proceso social de trabajo”.

⁸⁶ Pronunciamiento de las Academias Nacionales ante la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente, 15 de agosto de 2017. Recuperado de: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/2017-08-15%20Pronuncia%20Academias%20ante%20ilegit%20A%20NC.pdf>.

⁸⁷ “El Consejo Nacional de la Economía Productiva, al ser concebido bajo control oficial anula de manera expofesa toda posibilidad de participación y mucho más de conseja, mostrando así el carácter autocrático de la iniciativa. Se hace entonces evidente que la intencionalidad del Consejo es otra, pues un Consejo que no aconseje o que cuando aconseje lo tenga que hacer de forma dirigida no cumplirá su cometido.” LAURIÑO, Luis (2016): Ob.cit., p. 1.

organizaciones convocadas, diluyendo la interlocución en sujetos vagamente determinados y, cabría especular, admitidos a conveniencia⁸⁸.

PERSPECTIVAS

La concertación social exhibe la condición de derecho fundamental de trabajadores y patronos y, por ende, su impulso resulta obligatorio, y no meramente opcional, para el Estado.

Aunque la Constitución republicana aprobada mediante referendo de 15 de diciembre de 1999 (Gaceta Oficial 36860 de 30 del mismo mes y año) y enmendada a través de idéntico mecanismo el 15 de febrero de 2009 (Gaceta Oficial 5908 Ext., de 19 del mismo mes y año), no proclame expresamente el derecho de las organizaciones de patronos y de trabajadores a participar en experiencias de concertación social, ello se desgaja del reconocimiento de la libertad sindical, en concordancia con el principio participativo que consagran el Preámbulo y los Arts. 6, 62 y 70 del aludido texto constitucional.

En efecto, la concertación social emerge como contenido esencial –por ende, inescindible– de la libertad sindical⁸⁹ *ex* Arts. 95 CRBV, 2, 3 y 10 del Convenio 87 OIT, concebida como el derecho de trabajadores y empleadores a organizarse sin autorización previa y en la forma que estimen conveniente para la mejor defensa y promoción de sus intereses de clase o categoría. Dicho objetivo solo podrá ser satisfecho si la libertad sindical trasciende el estrecho perímetro de la empresa para proyectarse sobre el más amplio de la sociedad y el Estado, donde

⁸⁸ El Decreto de 31 de agosto de 2017 (Gaceta Oficial 41226 de la misma fecha) convoca a “todas las instancias representativas de los sectores económicos y productivos del país, incluyendo sectores empresariales, de los trabajadores y trabajadoras, de la economía comunal y del Estado” (SEGUNDO).

⁸⁹ Son tres los contenidos esenciales o presupuestos de la libertad sindical: a) Organizativo o estático (derecho a asociarse sin autorización previa y bajo la modalidad que se estime conveniente); b) Dinámico o funcional (derecho a defender y promover los intereses grupales o de clase mediante la negociación colectiva normativa, la gestión del conflicto y la huelga, la participación en la gestión empresarial, y –como se pretende destacar– el diálogo y la concertación social); y c) Inmunitario o tuitivo (derecho a eficaz protección frente a las conductas que tuviesen por objeto o efecto impedir, restringir u obstaculizar el pleno y eficaz ejercicio de la libertad sindical). Ver CARBALLO MENA, César Augusto: Libertad sindical. La perspectiva de los derechos fundamentales. CACM, Caracas, 2012, p. 165.

las organizaciones de patronos y trabajadores participen en el diseño y ejecución de políticas o medidas económicas y sociales que repercutan sobre los intereses que tutelan.

En refuerzo de lo expresado cabe destacar que la Resolución OIT sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles de 25 de junio de 1970, asocia a la libertad sindical y asigna “atención particular” al “derecho de participación de los sindicatos [...] en la economía general” (párrafo 15).

Adicionalmente, resulta relevante destacar que Venezuela es miembro fundador⁹⁰ de la OIT, caracterizada por el modelo tripartito –gobiernos, patronos y trabajadores– que exhiben dos de sus instancias constitucionales (Conferencia Internacional del Trabajo y Consejo de Administración).

De modo específico, la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944, anexada a la Constitución de la OIT mediante Instrumento de Enmienda de 1946 (en vigor a partir del 20 de abril de 1948), previó (párrafo III.e) como uno de los objetivos fundamentales de dicha organización el estímulo de la concertación social:

La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan [...] la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas⁹¹.

La concertación social bajo la modalidad de tripartismo reaparece protagónicamente entre los objetivos estratégicos del Programa de Trabajo Decente⁹² de 1999, el cual, a su vez, se insertó en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 10 de junio de 2008 (I.A.iii):

La Conferencia reconoce y declara que [...] los compromisos y esfuerzos de los Miembros y de la Organización para poner en práctica

⁹⁰ 11 de abril de 1919.

⁹¹ Recuperado de: http://www.ilo.org/public/s_panis_h/bureau/leg/download/constitution.pdf.

⁹² Memoria del Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, sobre el Trabajo Decente, presentada a ante la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 1999. Recuperado de: http://www.ilo.org/public/s_panis_h/s_tandards/reln/ilc/ilc87/rep-i.htm.

el mandato constitucional de la OIT [...] deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT [...], a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente... [Entre tales objetivos destaca, en el contexto que se analiza,] promover el diálogo social y el tripartismo...

Por su parte, el Art. 20 de la Declaración Socio Laboral del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)⁹³ dispone que:

Los Estados Partes se comprometen a fomentar el diálogo social en los ámbitos nacional y regional, instituyendo mecanismos efectivos de consulta permanente entre representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, a fin de garantizar, mediante el consenso social, condiciones favorables al crecimiento económico sustentable y con justicia social de la región y la mejora de las condiciones de vida de sus pueblos.

En consecuencia, resultaría violatorio de los deberes constitucionales asumidos frente a la OIT, reiterados a partir de la ratificación de su Convenio 144 sobre la consulta tripartita⁹⁴, negar, en el ámbito interno, el derecho de los interlocutores sociales a participar en los diversos procesos que dimanen de la afiliación a dicha organización internacional y, por extensión, con el aval de las normas previstas en nuestro bloque constitucional (Art. 95 CRBV y 2 del Convenio 87 OIT, en concordancia con el Preámbulo y los Arts. 6, 62 y 70 CRBV) y en la Declaración Socio Laboral del MERCOSUR (Art. 20), en la formulación y ejecución de políticas económicas y sociales trascendentes en la esfera de los intereses grupales que estos representan.

En síntesis, nuestro sistema constitucional, al amparo de la libertad sindical y el principio participativo, garantiza el derecho a la concertación social y, consecuentemente, el deber estatal de impulsar su pleno y eficaz ejercicio bajo la modalidad –formal o informal, orgánica o inorgánica, permanente, periódica o coyuntural, centralizada o

⁹³ MERCOSUR cuenta con organismos tripartitos en cuyo seno se impulsa la concertación social, entre los que destacan el Subgrupo de Trabajo N° 10, adscrito al Grupo Mercado Común (Relaciones de trabajo, empleo y seguridad social), la Comisión Socio Laboral (Art. 28 de la Declaración Socio Laboral de 2015), y el Observatorio del Mercado de Trabajo (Empleo).

⁹⁴ 17 de junio de 1983. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNT_RY_ID:102880.

descentralizada⁹⁵, bipartita, tripartita o pluripartita⁹⁶, etc.— que se estime idónea. De allí, por ejemplo, la manifiesta inconstitucionalidad de la abrogación —por parte del DLOTTT— del método tripartito de fijación de salarios mínimos⁹⁷ y del reconocimiento estatal de las tarifas salariales convenidas para regir en cierto sector de actividad económica⁹⁸.

La reconstrucción del modelo de relaciones laborales, cuando toque en suerte, habría de articularse a partir de mecanismos eficaces y duraderos de concertación social⁹⁹ que democratizen las ejecutorias gubernamentales, restituyan las interacciones entre los actores sociales, y hagan declinar la atávica arrogancia del poder embriagado por la —azarosa— renta petrolera.

Caracas, marzo de 2018.

⁹⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar: *Diálogo social: teoría y práctica*. IUSLabor, N° 1, 2006, pp. 3 y 4. Recuperado de: https://www.upf.edu/ius_labor/_pdf/2006-1/ErmidaUria_rteDialogoSocial1.pdf.

⁹⁶ Al lado del clásico *tripartismo* en las experiencias de diálogo y concertación social, que encuentra en la estructura y funcionamiento de la OIT su ejemplo paradigmático, cabría admitir la opción de interacciones *bilaterales* entre las instancias gubernamentales y alguno de los interlocutores sociales, o la *ampliación* de los actores para dar cabida a otro u otros que se estimen legitimados para ello, como podría ser el caso de organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, etcétera. Ver: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Informe Diálogo Social... op.cit.*, p. 12, párrafo 39 y p. 23, párrafos 79 y 80.

⁹⁷ Arts. 167-170 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo.

⁹⁸ Arts. 167-170 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo.

⁹⁹ El Anteproyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Diálogo Social, presentado ante la Asamblea Nacional el 15 de febrero 2017, consagra como uno de sus objetivos: “establecer un espacio institucional para el diálogo social, con especial énfasis en la creación de instancias tripartitas de concertación”. En este sentido, su Art. 15 prevé la constitución del Consejo Nacional de Diálogo Social, “órgano tripartito con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto será la promoción y organización del diálogo social entre el poder público, las organizaciones sindicales de trabajadores y las de empleadores, en todo lo relativo al trabajo, las relaciones laborales, el empleo, la formación profesional y la seguridad social”.

**LA TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL
DE 1958-1961.
DR. JESÚS MARÍA CASAL H.,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN**

SUMARIO

1. Introducción. 2. Las Constituciones de 1953 y 1947. 3. La Junta de Gobierno y la re-institucionalización democrática. 4. La decisión en favor del cambio constitucional. 5. La determinación del procedimiento que habría de seguirse. 6. Naturaleza del proceso de gestación constitucional desarrollado desde 1958. 7. Las deliberaciones parlamentarias durante la elaboración de la Constitución de 1961. 8. Colofón.

1. INTRODUCCIÓN

La forma en que fue conducida la transición constitucional a partir de 1958 es expresión del espíritu del 23 de enero y del modo en que sus protagonistas asumieron el reto de dirigir al país hacia un sistema democrático. La Democracia había hecho eclosión el propio 23 de enero, pero era todavía un logro frágil, que debía concretarse política e institucionalmente en medio de incertidumbres sobre la actuación de las Fuerzas Armadas, con las diversas corrientes que había en su seno, y sobre las posturas de otros actores en el campo religioso, económico e internacional. Si algo caracterizó el derrocamiento de la dictadura es que fue asumido como “una empresa nacional”, en palabras de Manuel Caballero¹. El espíritu del 23 de enero se forjó con base en la unidad entre fuerzas políticas y sociales que se empeñaron en construir la Democracia recién recuperada y en hacerla perdurable.

Uno de los aspectos más significativos de la transición entre la dictadura y la democracia a que dio lugar el 23 de enero de 1958 fue la “tregua política” que se estableció entre los partidos, reflejada luego en el Pacto de Punto Fijo pero que lo precedió. Aquella estaba en consonancia con las posiciones poco extremistas que ese año adoptaron distintas organizaciones políticas, incluso el Partido Comunista². Este ambiente influyó por supuesto en el tratamiento del tema constitucional.

Las principales incógnitas que en esta materia debían despejarse eran las siguientes: ¿Se convocaría una asamblea nacional constituyente? ¿Seguiría vigente la Constitución de la dictadura?, y en caso afirmativo ¿por cuánto tiempo y con qué alcance? ¿Se restablecería la vigencia

¹ Caballero, Manuel, *Historia de los venezolanos en el siglo XX*, Caracas, Alfa, 2011, p. 181.

² Ídem, p. 197; Caballero calificó al 23 de enero de 1958 como “una revolución sin extremistas”.

de la Constitución democrática de 1947? El objeto de este trabajo es analizar las respuestas que se darían ante estos interrogantes y otros conexos.

2. LAS CONSTITUCIONES DE 1953 Y 1947³

Antes de examinar la transición constitucional, como parte de la transición política, importa aludir a la precariedad jurídica del orden constitucional precedente, desde el cual aquella se desenvolvería. El orden existente era básicamente una dictadura militar que fraguó como fachada la Constitución de 1953. Muchos de sus preceptos consagraban los principios de la Democracia y el Estado de Derecho, pero fueron solo piezas cosméticas destinadas a encubrir los verdaderos propósitos de los comicios constituyente de 1952 así como las disposiciones transitorias que los hacían visibles: la facultad dada a la Asamblea Constituyente a fin de designar al Presidente de la República para el periodo constitucional 1953-1958, al igual que a los Diputados, Senadores, Diputados a las Asambleas Legislativas, Concejales, Vocales (magistrados) de la Corte Federal y de la de Casación y demás titulares de los órganos constitucionales.

Esas mismas normas transitorias advertirían que la regulación legal sobre los derechos y garantías quedaba condicionada a lo que el Presidente de la República estableciera para preservar la “seguridad de la Nación, la conservación de la paz social y el mantenimiento del orden público” (Disposición Transitoria 3^a). Con dos disposiciones transitorias resultaba así vaciado el Texto Constitucional de lo que podría haber tenido de constitucionalismo para un observador desprevenido. Se trataba adicionalmente de una Constitución adoptada por un cuerpo integrado merced a lo que ha sido calificado como un fraude “de escandalosas proporciones”⁴.

La Constitución de 1953 adolecía, pues, de las condiciones indispensables para merecer tal nombre. Era en algunos aspectos una

³ En relación con estas Constituciones y la de 1961 vid. Brewer-Carías, Allan, *Historia Constitucional de Venezuela*, T. II, Caracas, Alfa, 2008, pp. 12 y ss.

⁴ Oropeza, Ambrosio, *La nueva Constitución venezolana*. 1961, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1986, p. 132.

Constitución fachada, que mostraba en su regulación general un sistema democrático y consagraba algunos derechos individuales, lo cual en nada se correspondía con la realidad del fenómeno del poder; pero era a la vez una Constitución semántica o nominal, en el sentido de que las disposiciones transitorias comentadas pretendían consolidar al régimen autocrático instaurado⁵; en igual dirección apuntaba la supresión de los límites constitucionales a la reelección inmediata. Era, sin duda, una Carta constitucional antidemocrática, al originarse en un fraude electoral y al sustraer al pueblo, proclamado como soberano, la elección de sus autoridades ejecutivas y legislativas, durante todo un periodo constitucional. Fue además violada o desechada por la dictadura cuando Pérez Jiménez eludió la contienda electoral para la Presidencia de la República, que debía celebrarse por lo menos tres meses antes del vencimiento del periodo constitucional de cinco años iniciado el 19 de abril de 1953 (art. 104 de la Constitución). La norma transitoria referida a la seguridad de la Nación, la conservación de la paz social y el orden público había servido para amparar vejaciones contra la disidencia política y arbitrariedades de variada índole.

La precedió la Constitución de 1947, fruto de una Asamblea Nacional Constituyente nacida legítimamente del sufragio popular, por primera vez verdaderamente universal, ya que el Estatuto Electoral de 1946 incorporó plenamente a la mujer al ejercicio del derecho al voto. Fue una Constitución democrática también en su contenido, al consagrar el sufragio universal y directo; establecía la separación de los poderes, con colaboración entre los mismos, bajo un sistema presidencial en el que no se admitía la reelección inmediata, y adoptó una forma de Estado formalmente federal pero con importantes elementos de centralización. Garantizaba los derechos del ser humano. Se incorporó a la Constitución el habeas corpus para la protección de la libertad individual. Dicho Texto Fundamental se distinguió asimismo por la amplia previsión de derechos de carácter social y económico. Por otra

⁵ Respecto del sentido de estos conceptos en la clasificación de las Constituciones de Loewenstein y Sartori vid. Casal Jesús M., “¿De la Constitución nominal a la Constitución fachada? Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Konrad Adenauer Stiftung), 2011, pp. 361 y ss.

parte, sentó como principio el carácter “obediente y no deliberante” de las Fuerzas Armadas, al cual ya no haría mención la Carta de 1953.

La Constitución de 1953 era inaceptable para el mundo civil y democrático⁶, mientras que la de 1947 era una referencia o modelo para muchos actores políticos y sociales. No obstante, el trienio en la cual esta se gestó estuvo rodeado de una conflictividad y radicalismo que sirvieron de pretexto a los militares para su acción golpista del 24 de noviembre de 1948, que comportó el restablecimiento de la Constitución de 1936, con la reforma de mayo de 1945 y la salvedad que hizo el Acta de Constitución del Gobierno Provisorio sobre ciertas “disposiciones de carácter progresista de la Constitución Nacional promulgada el 5 de julio de 1947”⁷. Más allá de esta acotación retórica, la Constitución de 1947 había sido dejada sin efecto con motivo del pronunciamiento militar.

Es probable que en 1958 hubiera, pues, reservas en el campo militar ante la posibilidad de restablecer la Constitución de 1947; por varias razones. Unas vinculadas al contexto conflictivo en que esa Carta Magna se gestó⁸ o a su contenido, tal vez con una carga social excesiva respecto del pensamiento de una parte de las Fuerzas Armadas, y otras a la idea que debió haber prevalecido en la Junta Militar de Gobierno sobre el momento a partir del cual se quería asumir una ruptura de principio de cara al proceso de democratización en ciernes. Dicha ruptura se remontó, como veremos, a las elecciones de 1952, referidas a la integración de una Asamblea Constituyente, que serían calificadas por la Junta de Gobierno, reconstituida pero aún con decisiva presencia militar, como una simulación electoral antidemocrática. Mientras que haber restablecido la Constitución de 1947 hubiera podido interpretarse como la admisión de que todo lo hecho desde entonces por las Fuerzas Armadas era ilegítimo. Es posible sostener, por tanto, que la

⁶ Vid. Oropeza, *op. cit.*, p. 131 y ss.

⁷ Vid. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 22.778, del 25 de noviembre de 1948.

⁸ Ambrosio Oropeza, *op. cit.*, p. 134, ha sostenido que después de 10 años ya no estaban vivos los recuerdos de las enconadas luchas parlamentarias de 1947, postura no compartida por Manuel Rachadell, “El proceso político en la formación y vigencia de la Constitución de 1961”, en Plaza, Elena/Combellas, Ricardo, *Procesos constituyentes y reformas constitucionales en la Historia de Venezuela. 1811-1999*, Caracas, UCV, 2005, T. II, p. 701.

transición la Democracia supuso, al nivel del Gobierno provisorio, un acuerdo tácito en el sentido de ir levantando la institucionalidad democrática sobre la base del cuestionamiento de las elecciones fraudulentas de 1952 y de todo lo que trajeron consigo -con excepción de la Carta de 1953-, como también de la represión practicada por la policía política y del plebiscito ilegítimo de 1957, dejando lo precedente abierto a la interpretación histórica y a las posturas que cada organización política quisiera sostener, sin perjuicio de la revisión de actos singulares del Gobierno Provisorio⁹. En otras palabras, esta comprensión de los hechos implicaba concebir el 23 de enero como una acción emprendida contra la dictadura militar de Pérez Jiménez, pero no contra las Fuerzas Armadas institucionalmente consideradas. Para las Fuerzas Armadas, en todo caso, no era pertinente replantear el debate sobre el trienio y su desenlace.

3. LA JUNTA DE GOBIERNO Y LA REINSTITUCIONALIZACIÓN DEMOCRÁTICA

En cuanto a la transición en lo constitucional, la Junta Militar de Gobierno conformada el 23 de enero de 1958 adoptó tempranamente decisiones que determinarían en parte el curso de los acontecimientos. Lo hizo ese mismo día, en su Acta Constitutiva¹⁰, en la cual, después de anunciar al país que el propósito de la Junta era “enrumbarlo hacia un Estado democrático de Derecho”, declaró que asumiría “todos los poderes de Estado” y que ejercería el Poder Ejecutivo “mientras se organizan constitucionalmente los poderes de la República, dentro de las pautas del artículo 3º”.

Este artículo 3º disponía que:

“Se mantiene en plena vigencia el ordenamiento jurídico nacional, en cuanto no colida con la presente Acta Constitutiva y con la realización de los fines del nuevo Gobierno”.

⁹ Como la supresión, el 31 de enero de 1958, de las Juntas de Censura o Comisiones de Examen creadas por la dictadura en 1950, que la Junta de Gobierno consideraría contrarias a la significación de la libertad de expresión en un sistema democrático, como veremos.

¹⁰ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.567, del 23 de enero de 1958.

De esta forma la Junta Militar, sin decirlo explícitamente, estaba remitiendo a la Constitución de 1953 en orden a la organización “constitucional” de los poderes de la República. Es decir, el gobierno provisorio ejercería funciones hasta que los poderes del Estado fueran organizados “constitucionalmente”, lo cual, en virtud de la remisión al artículo 3° y de los objetivos definidos por la Junta, había de interpretarse como un proceso de democratización que se llevaría a cabo con apoyo en la Constitución de 1953, como elemento integrador del “ordenamiento jurídico nacional”. Actos y declaraciones posteriores confirmarían que se resolvió mantener en vigor esa Constitución -siempre que fuera compatible con los fines del nuevo gobierno-, al menos hasta la recomposición democrática.

No obstante, en dicha Acta, emitida en las primeras horas del relevo en el poder, no se señalaban los pasos que se seguirían para la reinstitucionalización del país. Su texto daba lugar asimismo a interrogantes sobre la vigencia de esa Constitución. El citado artículo 3° del Acta Constitutiva añadía que:

“la Junta Militar dictará, mediante Decreto refrendado por el Gabinete Ejecutivo, las normas generales y particulares que aconseje el interés de la República, inclusive las referentes a nueva organización de las ramas del Poder Público”¹¹.

Resulta dudosa la extensión de esta facultad de la Junta para una “nueva organización de las ramas del Poder Público”, ya que podía entenderse referida a la adopción de una nueva organización de los poderes, de manera provisional, hasta la reinstitucionalización democrática, o a la recomposición de los poderes ya existentes, previstos en la Constitución de 1953. Se trató de ambas cosas, partiendo de la vigencia de esta Constitución: lo primero, por ejemplo, para dar al Senado una composición y sistema de integración distintos a lo establecido en el Texto de 1953, a los efectos de las elecciones que se celebrarían ese mismo año; lo segundo, a fines de designar a nuevos magistrados en la Corte Federal y en la Corte de Casación. La Junta de Gobierno terminaría ejerciendo funciones ejecutivas y legislativas, e hizo nombramientos

¹¹ Ídem.

en las altas cortes y determinó que efectuaría, por intermedio del Ministerio de Justicia, las designaciones necesarias en los tribunales de instancia de la República¹². Tempranamente había aclarado, ante dudas surgidas acerca del alcance de su Acta Constitutiva, en lo concerniente al funcionamiento del Poder Judicial, que no se vería menoscabada la continuidad de la administración de justicia por los tribunales y que serían válidas “las actuaciones cumplidas por el Poder Judicial de la República”¹³. También se crearían nuevos Juzgados de Instrucción en Caracas¹⁴.

Correspondería a la Junta reconstituida, que incorporó a dos civiles y de la cual se separaron los dos militares acusados de ser próximos al gobierno depuesto, abordar oficialmente temas constitucionales pendientes, mediante Decreto N° 51 del 22 de febrero de 1958¹⁵, que creó una Comisión especial encargada de redactar un proyecto de Ley Electoral “de acuerdo con las pautas de la Constitución en vigor”, se decía. La Junta de Gobierno afirmó que estaba dando cumplimiento al compromiso contraído con la Nación de “restituirle un régimen constitucional y democrático, a cuyo efecto es indispensable que la voluntad soberana del pueblo se manifieste por medio del sufragio”, tal como rezaba el primer Considerando del referido Decreto. El tercero de sus Considerandos observaba que:

“La aplicación de las normas de la Constitución vigente, cuyos defectos y lagunas pueden ser corregidos y subsanados por las vías que el derecho establece, es la forma más adecuada y breve para que la nación escoja sus representantes en los poderes públicos”¹⁶.

Por tanto, la Junta de Gobierno reafirmó que se procedería conforme a la Constitución que estaba formalmente en vigor, esto es, la de 1953, para que el pueblo eligiera a la mayor brevedad sus representantes, de acuerdo con la organización del poder contemplada en esa

¹² Decretos N° 18 y 19 del 3 de febrero de 1958, Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.

¹³ Decreto N° 7 del 27 de enero de 1958, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.570, del 27 de enero de 1958.

¹⁴ Decreto N° 15 del 31 de enero de 1958, Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.574, del 31 de enero de 1958.

¹⁵ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.593, del 22 de febrero de 1958.

¹⁶ Ídem.

Constitución. Esa era para la Junta la manera de alcanzar el objetivo, al cual se refería también su Decreto, de “contribuir al más rápido advenimiento del régimen constitucional”, que enunciaba como propósito compartido con los sectores partidistas e independientes.

La normativa electoral, denominada Ley y no Estatuto, tal vez en atención a la idea que tenía la Junta sobre el marco normativo y funcional dentro del cual operaba, fue dictada por la Junta de Gobierno el 23 de mayo de 1958 y publicada el día siguiente en Gaceta Oficial¹⁷; poco después serían designados por la Junta de Gobierno los integrantes del Consejo Supremo Electoral, órgano que esa misma ley preveía. Las elecciones se convocarían para la Presidencia de la República, las dos cámaras del Congreso, las Asambleas Legislativas y los Concejos Municipales.

De este modo se estaba produciendo una reinstitucionalización democrática apoyada en la Constitución de la dictadura. Sin embargo, hay que preguntarse qué quedaba de esa Constitución y qué era lo que esta representaba a los fines de la transición. La pervivencia formal de la Constitución de 1953 no obedeció a que las Fuerzas Armadas quisieran acentuar una continuidad entre el orden dictatorial catapultado en 1952-53 y el sistema naciente. Se trató más bien de una decisión prudencial y político-histórica, como ya se apuntó, puesto que los fundamentos político-constitucionales de esa Carta y del régimen militar pretendidamente relegitimado con base en ella fueron dinamitados por la misma Junta de Gobierno, con respaldo de las Fuerzas Armadas o de sus sectores mayoritarios.

Las elecciones a la Asamblea Constituyente de 1952 debían teórica o retóricamente conducir a un encauzamiento democrático del gobierno militar iniciado a finales de noviembre de 1948, pero no fue así a causa del fraude electoral, que permitió entronizar la dictadura mediante la unción constituyente. La Asamblea Constituyente espuria originada en esa usurpación investiría a Pérez Jiménez como Presidente constitucional de la República e integraría a los cuerpos colegiados a nivel nacional, estatal y municipal, al igual que a las altas cortes

¹⁷ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 562 Extraordinario, del 24 de mayo de 1958.

de justicia. Después, en 1957, cuando debían convocarse las elecciones con arreglo a la Constitución de 1953, se realizó un plebiscito para evitarlas, que fue además nuevamente fraudulento. Con el 23 de enero de 1958 todo el andamiaje institucional levantado sobre la usurpación de 1952 y la Constitución de 1953 fue no solo derribado sino deslegitimado o descalificado jurídica y políticamente por la Junta de Gobierno. Conviene detenerse en ello.

Las Fuerzas Armadas tuvieron protagonismo, aunque no exclusivo, en el derrocamiento de Pérez Jiménez y en la conducción del nuevo gobierno. En el Acta Constitutiva de la Junta Militar de Gobierno se declaró que:

“Las Fuerzas Armadas Nacionales en atención al reclamo unánime de la nación y en defensa del supremo interés de la República, que es su principal deber, han resuelto poner término a la angustiosa situación política por la que atravesaba el país a fin de enrumbarlo hacia un Estado democrático de Derecho”¹⁸.

El objetivo era, pues, instaurar un Estado democrático de Derecho. Para lograrlo la Junta de Gobierno, ahora con participación civil, tomó en un plazo de menos de dos semanas desde su instalación las siguientes decisiones:

La disolución del Congreso: en su Decreto N° 12 del 29 de enero de 1958¹⁹ la Junta determinó que “Se declara disuelto el Congreso Nacional”; como fundamento adujo que “la doctrina democrática, el sentir de la nación y los objetivos definidos por las Fuerzas Armadas al proceder a la constitución del Gobierno provisorio, son incompatibles con la existencia y funcionamiento de órganos legislativos resultantes de actos de simulación mediante los cuales se quiso sustituir la representación legítima de la comunidad”. Agregó que “el resultado de las elecciones celebradas el 30 de noviembre de 1952...fue adulterado para atribuir la mayoría en la Asamblea Nacional Constituyente al grupo auspiciado directamente desde el Poder” y que había sido esa misma

¹⁸ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.567, del 23 de enero de 1958.

¹⁹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.572, del 29 de enero de 1958 y N° 25.574, el 31 de enero de 1958 (esta última de reimpresión por error de copia).

Asamblea la que “nombró” por Decreto al Congreso Nacional, cuyo periodo vencería en abril de 1958; se acotaba además que ya la Junta había asumido todos los poderes.

La designación de los Vocales de la Corte Federal y de la Corte de Casación: en su Decreto N° 18 del 3 de febrero de 1958²⁰ la Junta de Gobierno aludió a la necesidad de “la inmediata reorganización de las Ramas del Poder Público” y procedió a designar a los Vocales principales y suplentes de esas altas cortes, quienes según el Decreto debían prestar juramento ante el Presidente de la Junta.

La designación del Procurador General de la Nación y del Contralor General de la Nación: mediante Decreto N° 6 del 25 de enero de 1958²¹ la Junta había designado al Procurador General de la República (Ministerio Público), cuya elección correspondía al Congreso conforme a la Carta de 1953, pero que había sido designado por la Asamblea Constituyente ese mismo año; y después nombraría al Contralor General de la República, mediante Decreto N° 14 del 31 de enero del 1958²².

La declaración de la inexistencia del plebiscito del 15 de diciembre de 1957: mediante Decreto N° 20 del 3 de febrero de 1958²³ la Junta resolvió que “Se declara inexistente el plebiscito celebrado el día 15 de diciembre de 1957”. Para sustentar esta decisión se adujo que la Ley de Elecciones del 13 de noviembre de 1957, la cual “sustituyó por un sistema plebiscitario la consulta comicial sincera que anhelaba la nación”, era contraria a “los principios del derecho público democrático”. De allí que dicho Decreto acordara también derogar tal ley. Dicha ley preveía el plebiscito para la “reelección” (ratificación) del Presidente de la República y para la designación de los Diputados a la Cámara de Diputados, por plancha única presentada por el Ejecutivo Nacional.

La declaración de la inexistencia de las Asambleas Legislativas y de los Concejos Municipales de toda la República, cuya designación para el periodo 1958-1963 correspondía, según esa Ley de Elecciones, al Congreso Nacional conformado con base en esa misma Ley. También, la inexistencia de la Cámara del Senado del periodo 1958-1963, cuyos

²⁰ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.

²¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.569, del 25 de enero de 1958.

²² Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.574, del 31 de enero de 1958.

²³ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.

miembros debían ser electos por esas Asambleas Legislativas o por el Concejo Municipal del Distrito Federal, respecto de esta entidad²⁴.

La disolución de las Asambleas Legislativas, los Concejos Municipales y las Juntas Departamentales y Comunales cuyo periodo finalizaba el 19 de abril de 1958: ello con base en razones similares a las esgrimidas para disolver el Congreso el 29 de enero de 1958. Recuérdese que los integrantes de las Asambleas Legislativas y de los Concejos Municipales habían sido designados por la Asamblea Constituyente²⁵.

La designación de nuevos Gobernadores: desde el mismo 23 de enero de 1958 la Junta fue designando nuevos Gobernadores en los Estado, Territorios Federales y en el Distrito Federal, empezando por este último, a los cuales daría después, mediante Decreto N° 21 del 3 de febrero de 1958²⁶, la facultad de designar a los miembros de los Concejos Municipales correspondiente, previa autorización del Ministro de Relaciones Interiores. Para la Junta era indispensable “garantizar la continuidad del Poder Municipal”, dado que el Municipio “es histórica y socialmente la cédula básica de la organización democrática del Estado”²⁷.

Por consiguiente, en pocos días había sido desmantelada y en parte ocupada la institucionalidad contemplada en la Constitución de 1953, y ello se hizo con base en una premisa que hacía palmario y oficial el carácter espurio de la Asamblea Constituyente que la dictó y, por tanto, de la misma Constitución adoptada. La decisión de mantener en vigencia esta Carta no era para la Junta una manifestación de continuidad con el orden dictatorial, pues se liquidaron muy deprisa las raíces político-institucionales de la Constitución, que subsistió como un fósil utilizado para simbolizar la continuidad jurídico-formal y para evitar las dificultades, justificadas o no, que se atribuían al restablecimiento de la Constitución de 1947.

Por otro lado, nótese que la vinculación a la Constitución de 1953 fue muy maleable o relativa, ya que la Junta de Gobierno, apoyada en

²⁴ Ídem

²⁵ Ídem

²⁶ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.576, del 3 de febrero de 1958.

²⁷ Ídem.

su Acta Constitutiva, prontamente tomó determinaciones atendiendo a principios abstractos o aspiraciones sociales ligados al régimen político que se pretendía instaurar, los cuales, aun cuando pudieran estar reflejados en la Carta de 1953, eran invocados al margen o en contra de ella. La Junta desde el comienzo se inscribió dentro de coordenadas político-institucionales inherentes al sistema democrático y apeló a los reclamos de la nación, sin importar lo que dijera esa Constitución o, más bien, prescindiendo de ella. De ahí la invocación del “Estado democrático de Derecho”, de “la doctrina democrática”, del “régimen constitucional y democrático”, del “régimen de derecho” o del “derecho público democrático”, así como del “interés nacional” o de “la opinión libremente expresada por todos los órganos calificados del país”. Era patente su resistencia a mencionar expresamente la Constitución de 1953, lo cual se explica porque ni siquiera cuando esta aludía a la democracia o a la soberanía popular podía ser tomada como punto de referencia, dada su condición de norma fachada y por lo tanto engañosa, y a la vez semántica, que no encajaba en el futuro que se quería construir, junto a otras razones ya señaladas.

Muestra de ello fue la justificación que empleó la Junta de Gobierno para proceder con urgencia a designar funcionarios con el objeto de asegurar la continuidad del gobierno municipal, pues aquella estuvo asociada no a disposición alguna de la Constitución de 1953, que preveía las “Municipalidades”, sino a la convicción de que “el Municipio es histórica y socialmente la cédula básica de la organización democrática del Estado”. La Junta fue más allá cuando, al emitir la Ley de Elecciones, configuró al Senado como una Cámara de elección directa del pueblo, la cual, además, estaría integrada no solo por los dos Senadores por entidad federal previstos en la Constitución, sino también por Senadores adicionales, en base a la representación proporcional.

En otras palabras, la Junta de Gobierno operó a partir de una idea de Constitución y de sistema democrático, como modelo genéricamente considerado, apoyado también en elementos histórico-sociales, y al hacerlo anticipó en parte el orden que sería luego constitucionalmente instaurado. Esta misma inspiración le llevó a eliminar la Dirección de Seguridad Nacional y a ordenar a la Procuraduría de la Nación formar expediente para presentar acusación contra los

funcionarios responsables de “muertes, torturas, vejaciones, atropellos y demás atentados contra la dignidad humana”²⁸; así como a suprimir las Juntas de Censura (Comisiones de Examen) establecidas por el Gobierno Provisorio en 1950, ya que: “la libertad de pensamiento, ejercida en forma amplia, pero en un tono elevado y sereno, es la mejor garantía para los gobiernos e instituciones democráticas”²⁹. El ejercicio de la libertad de expresión fue vinculado así con la vigencia de la Democracia y era al mismo tiempo matizado por las exigencias de las circunstancias, que demandaban, en el plano ético no jurídico, elevación y serenidad.

4. LA DECISIÓN EN FAVOR DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL

El Decreto del 22 de febrero de 1958, que creaba la Comisión redactora del proyecto de Ley Electoral, dejaba completamente despejadas algunas de las disyuntivas que se habían abierto al ser defenestrado el dictador. No sería restablecida la vigencia de la Constitución de 1947, para a partir de allí acometer la reinstitucionalización democrática, ni sería convocada una Asamblea Nacional Constituyente. Este último punto había sido discutido y consensuado entre líderes de los principales partidos políticos y los miembros de la Junta de Gobierno. Hubo coincidencia entre los grupos políticos en que no se procediera entonces a la convocatoria de una Constituyente, por los conflictos que ello podía suscitar. Ciertamente, abrir un paréntesis para la irrupción explícita del constituyente originario en aquellas circunstancias hubiera sido inconveniente y riesgoso. Tal como lo afirmó después el Senador Ambrosio Oropeza, en las primeras sesiones del Congreso democráticamente renovado, se estimaba que una convocatoria y discusión constituyente posterior a la formación del gobierno provisorio iba a “quebrantar irremediablemente el gran frente de la unidad nacional, de la conciliación nacional”³⁰. Pesaba aquí tal vez, de nuevo, el antecedente

²⁸ Decreto N° 3 del 24 de enero de 1958, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.568 de la misma fecha.

²⁹ Decreto N° 13 del 31 de enero de 1958, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 25.574, de la misma fecha.

³⁰ Intervención del Senador Ambrosio Oropeza en sesión del Senado del 28 de enero de 1959; vid. esta y otras intervenciones parlamentarias de las primeras sesiones del Congreso electo

de las agrias discusiones sostenidas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1946-1947. Una cosa era abordar el cambio constitucional de manera previa, específica y exclusiva, en una asamblea convocada al efecto, y otra distinta era insertarlo, como segunda fase, en el proceso de regeneración democrática en curso. Además, un paréntesis constituyente hubiera postergado la completa legitimación democrática en los órganos del Poder Público.

La pervivencia de la Constitución de 1953 fue en cambio objeto de controversias³¹. La Junta de Gobierno probablemente evitó abrir una fuente de interrogantes o discrepancias jurídico-políticas con una decisión como la de restablecer la vigencia de la Constitución de 1947, que podía resultarle además incómoda por los motivos antes señalados. Pesaron también razones de seguridad y continuidad jurídica. Pero, desde otra óptica, la Carta de 1953 era el símbolo de la arbitrariedad y de la usurpación contra las cuales se habían alzado el pueblo y buena parte de las Fuerzas Armadas.

Cabe deducir de las intervenciones de Diputados y Senadores que se produjeron en el mes de enero de 1959, al instalarse las Cámaras legislativas³², que los dirigentes políticos tuvieron que ocuparse en 1958 con carácter prioritario de la organización de sus partidos, de la articulación con miras a las acciones unitarias de defensa de la Democracia y, luego, de la preparación ante el escenario electoral, a lo cual se sumaban las preocupaciones ligadas a la necesidad de hacer frente a las embestidas desestabilizadoras originadas tempranamente en el sector militar. El examen de aquel asunto quedó, pues, inconcluso.

Había otra cuestión importante por esclarecer: si se llevaría a cabo en el corto plazo un cambio constitucional y cómo. De alguna forma el Decreto del 22 de febrero de 1958 implicaba que primero vendría la búsqueda de la estabilización y pronta democratización y después podría abordarse el tema del cambio constitucional, asunto sobre el cual

el 7 de diciembre de 1958 en la parte introductoria del estudio de Gonzalo Parra Aranguren sobre "La nacionalidad venezolana originaria en la Constitución del 23 de enero de 1961", separata del Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal, N° 13, 1963, p. 17.

³¹ *Vid.* Oropeza, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

³² *Vid.* la reproducción de las intervenciones más relevantes en Gonzalo Parra, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

conversaban los líderes políticos. Por otro lado, al haberse mantenido la vigencia de la Constitución de 1953, la revisión constitucional resultaba ineludible, porque dicha Constitución era inviable, por su origen espurio, significación histórica y contenido, como marco jurídico perdurable de la renovada Democracia.

En el Programa Mínimo Común del 6 de diciembre de 1958, previsto como anexo en el Pacto de Punto Fijo, se incorporaría un compromiso con el cambio constitucional. El Pacto de Punto Fijo, del 31 de octubre de 1958, había aludido a la finalidad de garantizar “una constitucionalidad estable”, pero no aclaraba si esa estabilidad se alcanzaría gracias a algún tipo de revisión constitucional. En el Programa Mínimo Común se señaló que los candidatos firmantes fijaban como objetivo compartido la: “Elaboración de una constitución democrática que reafirme los principios del régimen representativo e incluya una Carta de Derechos Económicos y Sociales de los ciudadanos”. Estos derechos, por cierto, estaban prácticamente ausentes en el Texto de 1953.

Cuando se instalaron las Cámaras legislativas, el 19 de enero de 1959, y eligieron sendas directivas, los respectivos Presidentes subrayaron, en los discursos de toma de posesión, que era prioritaria la elaboración de “la Carta Fundamental que ha de organizar al Estado Democrático”, como diría el Senador Raúl Leoni. Con mayor énfasis aseveraría el Diputado Rafael Caldera que “Miramos como primera empresa, la reforma total de la Constitución Nacional” y añadiría que la elaboración de la Constitución debía culminarse en las sesiones de ese mismo año, 1959³³.

La apertura de las sesiones del cuerpo representativo y deliberante por excelencia, silenciado como verdadera expresión democrática desde finales de 1948, colocaba ahora en un primer plano el cambio constitucional, frente a la Constitución dictatorial. La recuperación del protagonismo de los partidos, la legitimación democrática de diciembre de 1958, explican esa prioridad, así como la rotundidad de algunas de las intervenciones de esas sesiones parlamentarias iniciales, en las que se criticaba haber postergado la discusión política sobre la aceptación de la vigencia de la Constitución de 1953. Era natural que esa

³³ Idem.

preocupación se intensificara, dado que al haber culminado exitosamente la democratización de los poderes, con las elecciones de diciembre de 1958, el Texto de 1953 era aún más inaceptable, con la singularidad de que las nuevas autoridades legítimas no tendrían respecto de ella la flexibilidad de la que había disfrutado la Junta de Gobierno.

Con todo, lo cierto es que la ruta hacia el cambio constitucional estaba funcionando bien. Al momento de su formación la Junta Militar de Gobierno prefiguró en buena medida un camino para la democratización que implicaba la vigencia de la Constitución de 1953 y también, lo cual se haría explícito en el Decreto citado de la Junta de Gobierno del 22 de febrero de 1958, la realización, ese mismo año, de elecciones universales y directas a nivel nacional, estatal y municipal, respecto de los cargos de elección popular previstos en la Constitución de 1953, con el añadido del Senado, que según dicha Carta se integraba por designaciones que efectuaban las Asambleas Legislativas y el Concejo Municipal en el Distrito Federal. Se decidió evitar, por tanto, una convocatoria constituyente, sobre lo cual hubo consultas y se logró un consenso político y social, y se conservó interinamente la Constitución formalmente en vigor, de 1953. Correspondió al liderazgo político retomar la cuestión constitucional pendiente y resolverla satisfactoriamente, aunque después de lo previsto, por razones plenamente justificadas.

5. LA DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO QUE HABRÍA DE SEGUIRSE

En las Cámaras se formularon al comienzo propuestas dirigidas a restablecer por acto parlamentario la Constitución de 1947, o a aprobar en pocos días, a partir de este Texto Constitucional y con los ajustes indispensables, una Constitución democrática, mientras concluía una labor constituyente de mayor calado. Llegó también a plantearse que el Congreso ordinario recién electo asumiera, a petición de los Concejos Municipales y las Asambleas Legislativas, de modo similar a como habría ocurrido en el gobierno de Cipriano Castro, facultades de constituyente, lo que podía liberar al Congreso de los rigores del procedimiento de reforma constitucional previsto en el Texto de 1953.

Otros se hicieron eco de dudas existentes sobre el alcance de las modificaciones que pudieran aprobarse, al tratarse lo que estaba por discutirse de una reforma a esta Constitución³⁴.

Así, en sesión del Senado del 28 de enero de 1958 el Senador Escovar Salom sostendría que:

“...existen mecanismos legales, ampliamente justificados, para poner en vigencia la Constitución de 1947 con las reformas más urgentes que aconseje el actual momento político y la evolución del país en el curso de los últimos diez años. . . y luego, el estudio de fondo de la reforma constitucional que quizás no pueda ser materia de las reuniones del presente año...”³⁵.

El Senador Lorenzo Fernández, luego de expresar dudas sobre el alcance de las facultades del Congreso para la adopción de la Constitución, recordó que:

“En el deseo de evitar todo conflicto, todo elemento de agitación, los representantes de todos los grupos políticos aceptamos ante la Junta de Gobierno la conveniencia de que no se convocara a una Constituyente”³⁶.

Por su parte, el Senador Ambrosio Oropeza, aseveró que ya se había decidido que ese Congreso aprobara la reforma constitucional, por haberlo acordado así los partidos en vísperas de las elecciones, con lo cual se estaba refiriendo al Programa Mínimo Común, y agregó que:

“yo creo que la Constitución del 53 no derogó sino, simplemente suspendió, la vigencia de la Constitución del 47 y por esto, quizás, si el primer acto de este Soberano Cuerpo, si lo más acertado hubiera sido declarar, no declarar, sino restablecer la vigencia de la Carta de 1947; sin embargo, yo estoy convencido de que esta tesis va a ser derrotada por una inmensa mayoría. . . es indudable que el Congreso Nacional está plenamente facultado para abocarse a la reforma constitucional, solamente que la declaración de la Junta de Gobierno de que la Constitución en vigor es la de 1953,

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

declaración que parece estar avalada por los partidos políticos y por el consenso general de la nación, obliga a este Cuerpo a someterse y a sujetarse en el proceso de reformas a las previsiones contenidas en esa Carta, especialmente a los artículos 140 y siguientes de esa Constitución”³⁷.

No parece cierto que haya habido consenso político y nacional en relación con la vigencia de la Carta de 1953; la propia opinión de Oropeza pone de relieve las discrepancias que existieron³⁸. El consenso podía referirse a la necesidad de manejar la transición de manera pacífica y ordenada; tal vez la decisión de mantener tácitamente en vigencia la Constitución de 1953, como parte del ordenamiento jurídico nacional, contribuía a lograrlo, pero esto es algo distinto. En todo caso, importa destacar que en su intervención se aludía a que la Constitución de 1947 habría quedado suspendida no derogada por la de 1953, argumento jurídicamente plausible, ya que aunque esta contenía una derogatoria expresa de la Constitución de 1947, aquella equivalía a un hecho de fuerza, como también lo fue el golpe de Estado de 1948. Al mismo tiempo, el Senador Oropeza terminaba señalando, a la luz de los acuerdos políticos alcanzados, la ruta que se seguiría para el cambio constitucional: el procedimiento de reforma contemplado en la Constitución de 1953. La discusión culminó con la aprobación, por unanimidad, de la proposición inicialmente presentada en la sesión, de creación de una Comisión especial para la elaboración del Proyecto de Constitución.

El debate se suscitó igualmente en la Cámara de Diputados, en sesión de la misma fecha, en la cual se formuló la propuesta de designar una Comisión especial que, en consulta con diversos sectores del país, estudiara la reforma constitucional, con miras a la aprobación de una Constitución “que sintetice la suma de los pensamientos de todos los venezolanos”³⁹. Frente a ello, la fracción parlamentaria de Unión Republicana Democrática (URD), por medio del Diputado Jóvito Villalba, presentó un Proyecto normativo dirigido a recuperar la Constitución de 1947, introduciendo los ajustes indispensables, para que los

³⁷ Idem.

³⁸ Oropeza, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

³⁹ *Vid.* Gonzalo Parra, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

poderes que se estaban instalando democráticamente pudieran “liberarse en diez o en doce días de la ignominia de obedecer, de seguir, la Constitución de Pérez Jiménez”. Villalba calificó como un “error” haber diferido “el problema constitucional”⁴⁰. El planteamiento de URD fue reconducido por la Presidencia de la Cámara a la propuesta original de formar una Comisión especial, en el sentido de que allí debería considerarse el proyecto elaborado por dicha fracción parlamentaria, de lo cual se informaría prontamente a la Cámara.

Además, el Diputado Gonzalo Barrios, tras referirse a las distintas opiniones vertidas en torno a la cuestión constitucional, manifestó estar de acuerdo en que la Comisión especial analizara, primero, la posibilidad de la puesta en vigencia de la Constitución de 1947, con algunos ajustes. El Diputado Gustavo Machado señaló que estimaba conveniente, para evitar objeciones jurídicas, que las Asambleas Legislativas y Concejos Municipales pidieran al Congreso asumir funciones constituyentes, lo cual permitiría a este ejercerlas, sin perder su condición de Congreso ordinario. Antes de que se aprobara por unanimidad la creación de la Comisión especial indicada, el Diputado Rafael Caldera intervino para enfatizar que era evidente que el Congreso debía ejercer funciones constituyentes y que lo que se aprobaría sería una “reforma total” de la Constitución de 1953; estimaba que solo había dudas sobre el procedimiento que el Congreso debía cumplir⁴¹.

Al instalarse las Comisiones de Reforma Constitucional, que acordaron sesionar conjuntamente y serían también designadas con el nombre de Comisión bicameral de Reforma Constitucional⁴², surgió de nuevo el debate escenificado en las Cámaras. Se reprodujo la tensión entre la tesis de URD, respaldada firmemente por el Partido Comunista, y quienes se inclinaban más por acometer de una vez la elaboración de la nueva Constitución, con arreglo al procedimiento previsto en la Constitución de 1953, entre los que se encontraba el Senador Ambrosio Oropeza y el propio Diputado Gonzalo Barrios. Se designó una

⁴⁰ Ídem

⁴¹ Ídem.

⁴² Vid. La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión redactora del Proyecto, Caracas, Congreso de la República, 1971, T. I, Vol. I, p. XXIII.

Subcomisión para examinar la propuesta de una “reforma constitucional provisoria” formulada por URD, así denominada porque suponía una revisión puntual y acelerada de la Constitución de 1947, que dejaría pendiente un eventual cambio constitucional más de fondo. En la sesión conjunta de las Comisiones en que se consideraría el informe de la Subcomisión, se recogieron unos acuerdos alcanzados informalmente sobre el procedimiento de reforma constitucional, según los cuales se rechazaba la idea de una modificación constitucional meramente provisoria, a la vez que se afirmaba la urgencia de la reforma, a fin de superar el “problema moral” que representaba la vigencia de la Constitución de 1953, y se reiteraba que se seguiría el procedimiento previsto en ella, con la Constitución de 1947 como anteproyecto⁴³. Sin embargo, el añadido que entonces propuso el Diputado Jóvito Villalba, relativo a la fijación de un plazo perentorio de 30 días para la presentación a las Cámaras del Anteproyecto de Constitución, con las correcciones o adaptaciones indispensables de la Constitución de 1947⁴⁴, no cerraría la controversia sino la desplazaría al terreno de la celeridad de la labor de reforma y, por tanto, de la profundidad de las modificaciones que se plantearían respecto del Texto de 1947. Esto facilitó que el debate surgiera de nuevo en reunión posterior, en boca del Partido Comunista⁴⁵.

El Presidente de la Cámara de Diputados y Presidente de la Comisión de Reforma designada en esta Cámara, el Diputado Rafael Caldera, quien con tal cualidad codirigía las reuniones conjuntas con el Senador Raúl Leoni, Presidente del Senado y de su Comisión especial, supo canalizar las discusiones hacia la consideración de temas concretos, mediante la asignación de ponencias para cada uno de los ámbitos constitucionales más relevantes. Además, tanto Caldera como Leoni invitaron a evitar posicionamientos filosóficos globales por partido, que

⁴³ Vid. La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela, op. cit., T. I, Vol. I, pp. 1 y ss.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ El Partido Comunista manifestó que si prevalecía la propuesta de aprobar la Constitución de 1947, eventualmente con ajustes, como texto constitucional provisional, darían su aprobación sin objeciones, pero que si la reforma pretendía ser definitiva, se reservaban el derecho de formular las observaciones de fondo que decían tener; vid. La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela, op. cit., T. I, Vol. I, p. 8.

suscitarían “diferencias ideológicas”⁴⁶. Este reparto de temas y ponencias, según las preferencias y experiencias, orientó las deliberaciones hacia la preparación de la nueva Constitución, asumida sin la prisa que algunos propugnaban, ni como enmiendas o ajustes al Texto de 1947, sino como una tarea de cambio constitucional en toda su densidad.

En suma, se designaron por unanimidad sendas Comisiones de Reforma Constitucional, así prudentemente denominadas en las actas, para la elaboración del Proyecto de Constitución, que resolvieron desde el inicio trabajar en reuniones conjuntas, y llevarían adelante su encargo tomando como anteproyecto la Constitución de 1947. Se observaría el procedimiento de reforma constitucional contemplado en la Constitución de 1953, lo que suponía que, tras la adopción de la reforma, esto es, de la nueva Constitución, por ambas Cámaras, esta debía someterse a la consideración de las Asambleas Legislativas. Si al menos las dos terceras partes de estas Asambleas la aprobaban según el escrutinio final del Congreso, se declaraba sancionado el nuevo Texto.

El Proyecto de Constitución fue elaborado por las Comisiones o Comisión bicameral de Reforma Constitucional y una vez concluido fue enviado primero al Senado, donde empezó a considerarse el 20 de junio de 1960⁴⁷. Después de su aprobación en el Senado, con modificaciones, el Proyecto pasó a la Cámara de Diputados, que introdujo a su vez cambios en la versión adoptada por el Senado y lo devolvió a esa Cámara el 24 de noviembre de 1960⁴⁸. Durante las discusiones, los artículos que requerían mayor reflexión o ajustes técnicos se remitían de la Cámara correspondiente a la Comisión bicameral de Reforma Constitucional. Dado que se suscitaron algunas diferencias entre las Cámaras sobre el contenido de la Constitución, pues el Senado no compartió todas las modificaciones incorporadas por la Cámara de Diputados, debió convocarse a una sesión de Congreso para resolverlas, en la cual se propuso, en consonancia con el ánimo dialogante que distinguió el proceso de formación constitucional, que el Congreso se declarara en Comisión

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Oropeza, op. cit., p. 137.

⁴⁸ Según oficio que cursa en el Tomo 6 del Expediente sobre la Constitución de 1961 del Archivo Histórico de la Asamblea Nacional.

General, para que los parlamentarios pudieran intercambiar libremente puntos de vista sobre los asuntos en discusión, de manera informal y directa, sin sujetarse a las limitaciones reglamentarias ordinarias. Logrado un acuerdo sobre los tópicos correspondientes, el Proyecto fue sancionado por el Congreso el 28 de noviembre de 1960⁴⁹, al igual que el texto de las Disposiciones Transitorias, que se consideraban separadamente.

En esta sesión se acordó que el Presidente del Congreso sometiera el texto de la “nueva Constitución” a las Asambleas Legislativas; que todos los Diputados y Senadores que pudieran hacerlo suscribirían la Constitución; y que quienes quisieran hacer constar sus reservas a algunas disposiciones deberían hacerlo en la sesión en la que se escrutarían los votos de las Asambleas Legislativas. Veremos luego en qué términos y oportunidad fueron planteadas tales reservas. También se exhortó al Ejecutivo Nacional para que convocara oportunamente al Congreso a sesiones extraordinarias para escrutar el voto de las Asambleas Legislativas⁵⁰. Realizado el escrutinio en enero de 1961, se promulgaría la Constitución democrática el 23 de enero de 1961.

De acuerdo con la naciente Constitución, el tiempo transcurrido del periodo en curso de los poderes públicos electivos se imputó al ahora establecido constitucionalmente y no se llevó al país de inmediato a un nuevo episodio electoral, porque eso formaba parte de la senda política que se había tomado. Esto se hizo no en obsequio al supuesto alcance puramente reformador del proceso llevado a cabo, sino en atención al corte democrático que implicaron las elecciones del 7 de diciembre de 1958, junto a la inconveniencia de acudir intempestivamente a nuevos comicios.

⁴⁹ Gaceta del Congreso del 28 de noviembre de 1960, N° 8. Existe una discrepancia entre el Diario de Debates de la Cámara de Diputados y la Gaceta del Congreso en cuanto a la fecha de esta sesión conjunta, pero los informes que se hallan en el Tomo 7 del Expediente sobre la Constitución de 1961 del Archivo Histórico de la Asamblea Nacional confirman que dicha sesión se celebró el 28 de noviembre de 1960. En todo caso, ha de prevalecer en principio la Gaceta de Congreso, por tratarse de sesión conjunta.

⁵⁰ Gaceta del Congreso del 28 de noviembre de 1960, N° 8.

6. NATURALEZA DEL PROCESO DE GESTACIÓN CONSTITUCIONAL DESARROLLADO DESDE 1958

He intentado explicar las singularidades del proceso constituyente que culminó con la Constitución de 1961. Pese a que el 23 de enero de 1958 significaba una franca ruptura con el orden dictatorial hasta entonces imperante, dada la contraposición radical entre el régimen autocrático depuesto y el democrático naciente, no se acudió a una asamblea constituyente. Se ha puesto de relieve que ha sido tradicional en nuestra historia constitucional acudir a asambleas constituyentes después de revoluciones, golpes de Estado u otras situaciones políticas que comportan quiebres institucionales y se ha subrayado la excepcionalidad del 23 de enero de 1958 y de la Constitución de 1961⁵¹. Habría que apreciar también, no obstante, las especiales circunstancias de este acontecimiento histórico y de la transición a que dio lugar. La situación política creada a raíz del 23 de enero estaba rodeada de incertidumbres, muchas de ellas referidas al mundo militar y al temor al despliegue de posturas reaccionarias desde su interior. Se ha destacado el papel que jugó en aquellos días la acendrada desconfianza militar hacia el régimen de partidos, como factor que obligó a estos últimos a adoptar posiciones mesuradas, aunado ello a la debilidad en que se hallaban por causas diversas⁵². Además, desde el frente civil era preciso robustecer la actuación unitaria para preservar al sistema democrático de involuciones o aventuras despóticas. Todo esto, y las acciones previas, coetáneas y posteriores al 23 de enero de las fuerzas sociales marcaron un rumbo en el que se inscribió también el tema constitucional.

Es preciso preguntarnos acerca de la naturaleza jurídica del proceso de elaboración de la Constitución de 1961, desde la teoría del poder constituyente y de la reforma constitucional. Formalmente, como sabemos, se acudió al procedimiento de reforma constitucional de la Carta de 1953, pero esto no resuelve por sí solo el interrogante que

⁵¹ Vid. Oropeza, *op. cit.*, pp. 129 y ss.; Brewer-Carías, *op. cit.*, p. 30; ambos autores señalan que el otro episodio en nuestra historia de cambio político y constitucional sin convocatoria de una asamblea constituyente se produjo tras la muerte de Gómez.

⁵² Caballero, *op. cit.*, pp. 191-192.

acabamos de plantear. Desde esa óptica formal-procedimental, la facultad que estaba ejerciendo el Congreso electo en diciembre de 1958 era un poder de revisión de la Constitución, como competencia reconocida a determinados órganos del Estado para reformar la Constitución, con intervención final o no del pueblo mediante referendo, según la regulación correspondiente⁵³. Sin embargo, la verdad es que los actores políticos de 1958 decidieron verter *vino nuevo en odres viejos*, es decir, usaron disposiciones arcaicas, vetustas u obsoletas -desde la óptica democrática y de la dinámica en curso desde el 23 de enero- de la dictadura para desplegar sobre ellas la soberanía popular. Es evidente que el Congreso instalado en 1959 no desempeñó simplemente la función de poder constituido reformador de la Constitución, sino más bien actuó como poder constituyente, revestido de la condición de Congreso ordinario. Ello porque el orden constitucional dentro del cual el Congreso hubiera podido cumplir dicho papel limitado ya no existía.

La base político-constitucional de la Carta de 1953 era la dictadura militar y el fraude electoral de 1952. Caída la dictadura, ese orden constitucional se vino abajo, como lo hicieron quienes ocupaban, de acuerdo con las reglas de esa Constitución, los órganos constitucionales nacionales que ella contemplaba, como la Presidencia de la República, el Congreso, la Corte Federal y la de Casación. No quedó en pie ninguna de esas autoridades del orden anterior, y los nuevos titulares de los respectivos cargos lo fueron merced a una violación de esa Constitución: el golpe de Estado del 23 de enero de 1958. Más aún, las elecciones de 1952 fueron declaradas simuladas, como ya se dijo, y fueron dejadas sin efecto designaciones realizadas por la Asamblea Constituyente con base en una disposición transitoria de la Constitución de 1953. Dichos comicios no fueron declarados inexistentes, como sí ocurrió con el plebiscito de 1957, pero fueron desconocidos su validez y sus efectos, por razones de igual peso al de las que sustentaron aquella declaratoria. El producto político-institucional y normativo de la Asamblea Constituyente entonces “electa” que no fue cuestionado en su validez, contradictoriamente desde la óptica jurídica, fue la Constitución de

⁵³ Sobre estas categorías vid. Vega de, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999.

1953, por consideraciones más políticas que jurídicas. En todo caso, ella sobrevivió como hilo (constitucional) de un tejido desecho que satisfacía ciertas demandas de orden y continuidad formal. No olvidemos, por otra parte, que el Congreso que discutió y aprobó la Constitución de 1961 no era igual al que estaba previsto en la Constitución de 1953, pues el Senado electo en 1958 surgió del voto directo de los ciudadanos y no tenía la misma integración.

Importa observar, adicionalmente, que si bien la Constitución de 1961 fue discutida y aprobada con arreglo al procedimiento contemplado en la de 1953, puede sostenerse que su fuente de legitimidad y validez estribaba en los comicios indudablemente democráticos del 7 de diciembre de 1958 y en el mandato que podía considerarse allí emitido en favor de los parlamentarios para la adopción de una nueva Constitución. El Programa Mínimo Común, aprobado un día antes de las elecciones del 7 de diciembre de 1958, aludía al compromiso de promover la aprobación de una nueva Constitución, que debería llevar a cabo el Congreso entonces electo. Este acuerdo se adoptó en vísperas de los comicios y fue suscrito por los candidatos presidenciales, pero su significado político general era indudable. Hubo antes de este documento común, además, opiniones y propuestas que apuntaban en esa dirección, lo cual reforzaba la legitimidad del Congreso electo en 1958 para elaborar una nueva Constitución, no solo para reformar la de 1953, por más fluidas que puedan ser a veces las fronteras entre la modificación y el cambio constitucional.

Nótese, por otro lado, que la Constitución de 1961 omitió toda referencia expresa a la de 1953 y al procedimiento en ella establecido para la reforma. El Preámbulo, o encabezamiento, de la Constitución ciertamente alude a que se requirió el voto de las Asambleas Legislativas y a la verificación del resultado afirmativo del escrutinio, pero con tal generalidad que podría sostenerse, siguiendo a Oropeza, que la inclusión de las Asambleas Legislativas en el proceso de aprobación de la nueva Constitución era una forma de rescatar la Constitución histórica federal, ya que la Carta de 1864 disponía que el cambio constitucional se haría siempre con participación de las Asambleas

Legislativas⁵⁴. Incluso en la Disposición Final de la Constitución de 1961 el Congreso evitó mencionar expresamente a la Constitución de 1953. El Proyecto de Constitución aprobado en el Senado sí lo hacía, pero la referencia explícita fue suprimida en la Cámara de Diputados, lo cual fue aceptado por el Senado⁵⁵. De allí que el artículo 252 de la Constitución de 1961 prescriba que queda “derogado el ordenamiento constitucional que ha estado en vigencia hasta la promulgación de esta Constitución”. La Constitución de 1961 no fue asumida en ninguna parte de su articulado como una reforma a la de 1953.

Estos fenómenos de ejercicio del poder constituyente por Congresos aparentemente ordinarios, no por asambleas constituyentes, son conocidos en la doctrina y experiencias constitucionales, siendo buen ejemplo de ello las Cortes constituyentes españolas electas en 1977, que adoptaron la Constitución de 1978. También allí se acudió, por cierto, al artificio de mantenerse apegado al ordenamiento jurídico en vigor, esto es, a las leyes fundamentales del Reino (del franquismo), aunque en este caso se hizo dictando otra, la *Ley para la Reforma Política*, que abriría las puertas a iniciativas de “reforma constitucional”⁵⁶.

Más allá de cualquier comparación entre el proceso constitucional español de 1977-78 y el venezolano de 1958-61, donde habría también por supuesto diferencias que apuntar⁵⁷, la invocación en nuestra transición a la democracia de 1958 de la Constitución de 1953 fue sobre todo una decisión política, que adelantó la Junta Militar de Gobierno y que sería confirmada en consultas partidistas y sociales. Una decisión que procuraba evitar sobresaltos jurídico- institucionales, que respondía a la prudencia de no añadir un flanco adicional de conflicto a los

⁵⁴ Oropeza, *op. cit.*, p. 161.

⁵⁵ *Vid.* los Tomos 6 y 7 del Expediente sobre la Constitución de 1961 del Archivo Histórico de la Asamblea Nacional.

⁵⁶ Juliá, Santos, *Transición*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2017, p. 374; Tusell, Javier, *La transición española a la Democracia*, Madrid, Historia 16, 1991, pp. 56 y ss.

⁵⁷ Una de ellas es que en España la Ley para la Reforma Política fue una ley nueva de “autorrupura” (Tusell) dictada cuando el régimen franquista seguía aún en pie, mientras que cuando se decide mantener la vigencia formal de la Constitución de 1953 esta ya estaba liquidada como norma y la dictadura en que se gestó ya había sido en gran medida defenestrada. 58 *Vid.* Rachadell, *op. cit.*, pp. 699 y ss.

ya producidos y a los que se vislumbraban como posibles, incluso en las propias Fuerzas Armadas. Esa continuidad formal con el ordenamiento constitucional anterior servía además para solapar un poco la radicalidad del cambio operado y de las implicaciones que tendría, o para postergar su visibilidad. Fueron igualmente políticas las razones por las cuales se prescindió de la convocatoria a una asamblea constituyente.

7. LAS DELIBERACIONES PARLAMENTARIAS DURANTE LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961

No es posible examinar aquí los detalles del proceso de formación de la Constitución de 1961. Baste con resaltar el carácter francamente deliberativo de las reuniones conjuntas de las Comisiones de Reforma Constitucional y de las sesiones plenarias de las Cámaras en que el debate continuó, comenzando por el Senado. Porque es preciso observar que hubo debate. Hubo controversias acerbas, cargadas de ironía e incluso hirientes⁵⁸, aunque el clima general de las deliberaciones fue sosegado y respetuoso y se logró construir de manera plural y racional soluciones normativas adecuadas. En el Congreso estaban presentes partidos políticos de orientaciones ideológicas divergentes, en un arco político que sobrepasaba a las organizaciones firmantes del Pacto de Punto Fijo, ya que había representación parlamentaria del Partido Comunista. Adicionalmente, la escisión del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) se produjo en abril de 1960. URD se apartó finalmente del gobierno en noviembre de ese año, cuando la Constitución aún no había sido sancionada en plenaria. La suscripción de ese Pacto no implicaba ni implicó, por lo demás, que no hubiera debates entre los miembros de las organizaciones respectivas durante la formación de la Constitución. Por otro lado, si bien en varios temas las propuestas de parlamentarios de partidos externos a ese Pacto fueron acogidas, en algunas ocasiones la mayoría progubernamental denegó modificaciones planteadas por ellos que lucen justificadas. La dinámica dominante fue, no obstante, integradora y deliberativa.

⁵⁸ Vid. por ejemplo el debate sobre el sistema de gobierno y las facultades de control del Congreso que planteó Domingo Alberto Rangel y el intercambio dialéctico que se suscitó entre él y Gonzalo Barrios: Diario de Debates de la Cámara de Diputados, 23 de noviembre de 1960, N° 37., pp. 857 y ss.

Hubo posiciones encontradas sobre muchos temas, como la forma de Estado, el sistema de gobierno, la reelección presidencial, las facultades de control del Congreso, los estados de excepción, la elección o designación de los Gobernadores, el régimen de las Asambleas Legislativas, entre otros muchos. Lo peculiar de las discusiones correspondientes es que se decía lo que había que expresar, desde la opinión política de cada cual, pero dentro de un espíritu de respeto mutuo por las discrepancias y procurando favorecer soluciones armonizadoras o transaccionales. Desde la Presidencia de las Comisiones de Reforma constitucional y de las Cámaras se salvaguardaron los derechos de palabra de todos los parlamentarios y se enviaban desde la plenaria a dichas Comisiones los puntos objeto de disensos para examinarlos con mayor cuidado y conseguir soluciones más sólidas técnica y políticamente. La propia Exposición de Motivos de la Constitución señala que muchas veces las deliberaciones parlamentarias desembocaban en “conversaciones sinceras e informales, tras de las cuales hemos logrado en la mayoría de los casos una decisión unánime”⁵⁹.

El llamado espíritu del 23 de enero se prolongó en los espacios serenos del Palacio de las Academias, donde se reunieron conjuntamente las Comisiones, a lo largo de 250 sesiones⁶⁰, distribuidas entre el 2 de febrero de 1959 y el 25 de noviembre de 1969, durante las cuales fueron consultados sectores diversos, mientras en las calles arreciaban las intentonas conspirativas militares de la derecha y se preparaban las de otro signo.

El contenido de la Constitución trasluce esa dinámica deliberativa, por la fórmula ambigua pero transaccional plasmada respecto de la forma de Estado, por su admisión del futuro establecimiento de la elección de los Gobernadores de Estado; por el esquema flexible instaurado en relación con los modelos de política-económica. En estos y otros temas fue posible construir dialécticamente regulaciones constitucionales razonables para un recorrido político- constitucional de largo aliento. Se garantizaron con amplitud los derechos humanos, en sus distintas

⁵⁹ Vid. la Exposición de Motivos de la Constitución en Arcaya. Mariano, Constitución de la República de Venezuela, T. I, Caracas, El Cojo, 1971, p. 31.

⁶⁰ Vid. *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela, op. cit.*, T. I, Vol. I, pp. XXIII y ss.

dimensiones; se incluyó una renovada cláusula de apertura a derechos “inherentes a la persona humana”; se redefinió al Ministerio Público, para conjugar su papel tradicional de titular de la persecución penal con el de defensor de los derechos humanos; se recuperó la regulación constitucional sobre las Fuerzas Armadas que las colocaba claramente bajo subordinación civil y al margen de la deliberación política, entre otras bondades de esa Constitución.

La Constitución fue sancionada con el voto aprobatorio de todas las organizaciones políticas. Algunos parlamentarios formularon votos salvados o dejaron constancia de su voto negativo, a título individual o en representación de la fracción parlamentaria correspondiente, al someterse el precepto respectivo a aprobación en la plenaria, o a veces en la Comisión bicameral de Reforma Constitucional. Esto último lo hizo el Senador Uslar Pietri en dicha Comisión cuando se consideró la norma transitoria sobre confiscación de bienes y enriquecimiento ilícito⁶¹. URD dejó sentadas en plenaria sus reservas sobre la regulación de los estados de emergencia y manifestó su posición contraria y su voto negativo categórico en relación con la norma constitucional referida a las llamadas medidas de alta policía (art. 244), cuando la Cámara de Diputados conoció el informe de la Comisión bicameral referido al Título IX del Proyecto, que versaba sobre la Emergencia⁶². En esta materia el Diputado Orlando Tovar señaló que: “U.R.D. no sólo va a dejar de votar, sino que va a votar en contra” y razonó oralmente su postura negativa con una exposición preclara sobre la naturaleza y alcance de los estados de excepción y sobre el margen lícito de la acción policial, en la cual recordó que la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución de 1953 era “el monstruo jurídico más grande que ha sido redactado en Constitución alguna”, y lamentó que se previera en la Constitución democrática una norma que podía inclinar al Ejecutivo a actuar indiscriminadamente bajo la lógica de la emergencia. El Partido Comunista afirmó en la misma oportunidad que no votaría a favor

⁶¹ *Cfr. La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela, op. cit.*, T. I, Vol. II, p. 336.

⁶² *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, 23 de noviembre de 1960, N° 37, pp. 878 yss.

de este artículo del Proyecto, sobre el cual el MIR también había formulado discrepancias⁶³.

Adicionalmente, el Partido Comunista y el MIR consignaron escritos en los que resumían las reservas u observaciones que habían planteado a lo largo de las discusiones sobre el Proyecto de Constitución. El primero lo hizo al culminar las deliberaciones respectivas en la Cámara de Diputados, mediante Declaración del 25 de noviembre de 1960, en la cual se sostenía que la nueva Constitución contenía disposiciones que son “supervivencias negativas del ejercicio personalista del Poder Ejecutivo y de las funciones represivas y policíacas del Estado Venezolano”. Se criticaba también la forma menguada en que habrían quedado consagrados los derechos sociales; la falta de previsión de la inmediata elección de los Gobernadores; la limitada autonomía municipal; y la insuficiente defensa de la soberanía nacional y del desarrollo independiente de la economía venezolana. Se lamentaba que no se hubiera adoptado una Constitución “de mayor contenido popular”. Sin embargo, los firmantes reconocían que la Constitución de 1961 “desplaza el engendro monstruoso de la Constitución Perezjimenista” y que consagra “formalmente las libertades y derechos democráticos del pueblo”, lo cual llevó a “dejar constancia definitiva...del voto aprobatorio de los comunistas a la nueva Constitución”⁶⁴.

El MIR, por su parte, presentaría por escrito su postura global acerca de la Constitución en la oportunidad contemplada para formular reservas finales, al suscribir la Constitución. Los integrantes de la respectiva fracción parlamentaria, después de aseverar que suscribían la Constitución, formularon las siguientes reservas: se objetaba la regulación constitucional sobre los Estados, porque no se introdujo la elección directa de los Gobernadores y se habrían mermado las facultades estatales, y la normativa sobre los Municipios, por haberse restringido “peligrosamente” sus competencias. Se criticaba por insuficiente la disposición constitucional sobre el amparo, por no haber detallado aspectos procesales; se rechazaban los amplios poderes conferidos a

⁶³ Ídem.

⁶⁴ *Declaración de los Diputados Comunistas en torno al Proyecto de Constitución Nacional*, que se halla en el Tomo 6 del Expediente sobre la Constitución de 1961 del Archivo Histórico de la Asamblea Nacional.

la policía por el artículo 60 constitucional para practicar detenciones, sin orden judicial y sin plazo preciso para que el detenido fuera puesto a la orden de un juez; se dejaba constancia sobre los riesgos de cercenamiento de la libertad ideológica de los partidos que implicaría el artículo 114 de la Constitución, y se señalaron los peligros de las medidas de “policía política” contempladas en el artículo 244 y de la normativa sobre la suspensión de garantías. En cuanto al sistema de gobierno y la organización del poder, se cuestionaba la existencia de un único periodo constitucional para todos los poderes públicos, en particular para el Ejecutivo y el Legislativo, así como el bicameralismo, en parte por no establecer la Constitución diferencias relevantes entre las Cámaras en lo funcional y electoral; en este sentido, se estimaba desacertado que no se reservaran a la Cámara de Diputados determinadas atribuciones financieras del Parlamento⁶⁵. Se lamentaba también que no se hubieran admitido sus propuestas referidas a las facultades de control parlamentario. Se formularon observaciones sobre las condiciones de inelegibilidad a la Presidencia de la República y sobre el régimen de las correspondientes faltas absolutas. Se manifestaba, por último, desacuerdo con la prolongación, hasta por dos meses sin intervención judicial, de las medidas policiales de orden público, privativas de la libertad, previstas en la Disposición Transitoria Séptima⁶⁶.

Hubo, por tanto, diferencias de fondo sobre regulaciones de la nueva Constitución, pero dentro de una convicción general sobre la necesidad de su aprobación, al ser considerada una Constitución democrática, cuyos avances en materia de soberanía popular y de derechos y libertades debían ser propugnados. Las reservas y temores expresados, si bien en parte se relacionaban con el contenido de la Constitución, tenían mucho que ver con la desconfianza de algunas organizaciones hacia la actuación de quienes desde el Poder Ejecutivo pudieran abusar de sus facultades.

⁶⁵ *Vid.* la intervención que sobre este asunto había realizado el Diputado Jesús María Casal Montbrun, en sesión del 23 de noviembre de 1960, *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, 23 de noviembre de 1960, N° 37, pp. 873 y ss.

⁶⁶ Reservas de la Fracción Parlamentaria del Movimiento de Izquierda Revolucionaria a la Constitución, documento que se halla en el Tomo 7 del Expediente sobre la Constitución de 1961, del Archivo Histórico de la Asamblea Nacional.

8. COLOFÓN

Los casi cuarenta años de vigencia de la Constitución de 1961, de una vigencia que no fue solo formal sino que tendía a consolidarse como efectiva, con inconsistencias, tropiezos y dificultades, son muestra de las bondades de esa Constitución y de la predominante lealtad de los poderes públicos con su cumplimiento.

Recordando esa Carta Fundamental y la transición que la vio nacer es pertinente hacer alguna reflexión sobre las lecciones que es posible extraer de cara al futuro. Las resumiría así: agudeza en la definición de los propósitos y firmeza en su consecución; observación atenta de las circunstancias y adversidades que rodean la acción política; confianza en la Democracia y elevación espiritual para estar por encima de las propias apetencias de poder, tanto como lo exija el logro del objetivo superior común. En lo que a las disciplinas jurídicas respecta, fe en el Derecho, en su fuerza ordenadora y en la garantía que proporciona a la dignidad y a la libertad del ser humano; empeño en asegurar que la Constitución sea un límite efectivo frente a los gobernantes, y compromiso indeclinable con el pluralismo como base para construir un marco constitucional compartido.

**SOBRE LA REFORMA
DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 2016
(EL NUEVO DERECHO DE LAS OBLIGACIONES
Y CONTRATOS).
11 DE MAYO DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

En el discurso de toma de posesión de la actual Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el día 21 de marzo de 2017, expresé el propósito siguiente: “Actualmente, concita la curiosidad de los juristas de todas partes del planeta la reforma del Código Civil Francés o Código Napoleón, piedra angular del derecho civil en todo el hemisferio occidental desde el siglo XIX, el cual había conservado su cuerpo general, a pesar de las modificaciones puntuales introducidas por las leyes especiales. Ahora se nos presenta renovado, sobre todo en el ámbito más dinámico del derecho privado, como es el régimen de los contratos. Por ello, nuestra Academia se unirá a la corriente de difusión y reflexión de los cambios en ese monumento jurídico, fuente de inspiración primordial de nuestro Código Civil y de todos los códigos de la América hispánica. A este fin, nuestra Academia invitará al grupo de excelentes civilistas con que cuenta hoy en día Venezuela, que al igual que los demás cultores del derecho privado, permiten tener eventos de importancia y trascendencia en nuestro país sobre los grandes cambios del derecho, con independencia de que pudieran hacerse invitaciones a juristas extranjeros, si fuere posible”. Hoy damos cumplimiento a este propósito.

Algunos se preguntarán qué objeto tiene el estudio de esta avanzada reforma legislativa hecha para un país del primer mundo, en un país como Venezuela sumido en la inseguridad jurídica, en el desconocimiento del derecho de propiedad, en el afán colectivista y en la práctica ausencia del Estado de Derecho. Pues a ello debemos responder que “el derecho es lucha”, como dijo el jurista alemán Rudolph Ihering en pleno régimen nazista, y corresponde a todos los que amamos la libertad mantener el espíritu y el conocimiento del verdadero derecho y nuestra vinculación con el mundo, para el momento en que podamos recuperar nuevamente la legalidad democrática y la tradición civilista.

En la Jornada de hoy, los individuos de número de esta Academia, especialistas en derecho civil, nos brindarán sus conocimientos en la materia y nos ilustrarán sobre aspectos importantes y significativos de la reforma puesta en vigencia en Francia en el año 2016. Tenemos confianza en la plena capacidad de nuestros académicos para dar una idea cabal de los alcances de la reforma y para determinar cuáles cambios podrían ser incorporados a nuestro derecho y cuáles ya han sido asimilados por nuestra legislación nacional, o por la doctrina y la jurisprudencia. Ya tendremos tiempos más propicios para contar con la presencia de invitados extranjeros compenetrados con estos cambios.

Según la exposición del profesor francés Laurent Leveneur, la reforma del mencionado código fue realizada mediante la habilitación por ley al gobierno de aquel país, en el año 2015, con una duración de dos años, para la “modernización y simplificación del derecho y de los procedimientos en los dominios de la justicia y de los asuntos interiores”, proceso que desembocó en una “ordenanza legislativa” (decreto legislativo), cuyo objeto ha sido “modernizar, simplificar, mejorar la legibilidad o lectura, de reforzar la accesibilidad al régimen de derecho común de los contratos, del régimen de la prueba, de garantizar la seguridad jurídica y la eficacia de la norma”. Siempre dentro del espíritu de la codificación francesa, enfocado en poner a disposición directa del ciudadano el texto de la ley, para garantizar la igualdad en su conocimiento y aplicación, razón por la cual se hizo una amplia consulta pública antes de la aprobación de la ordenanza gubernamental, que finalmente fue ratificada por el parlamento en fecha reciente.

Eduardo García de Enterría, en su preciosa obra sobre la *Lengua de los Derechos*, para referirse al nuevo lenguaje jurídico introducido por la Revolución Francesa, también llamado en su momento la *Lengua de la Libertad* o la *Lengua de los Hombres Libres*, magnifica el lenguaje del Código Civil Francés, al adoptar la famosa frase del escritor Stendhal, quien afirmó que “leía todos los días algún artículo del Código Civil para ganar frescura y naturalidad”. Esta es la sensación que podemos tener nuevamente al leer los textos de la reciente reforma, con un aire de actualización.

La reforma reemplaza tres títulos del Código Civil Francés y cambia todos sus artículos. La ordenanza contiene 353 nuevos artículos,

con modificaciones de forma y de substancia, pero siempre con seguimiento de la doctrina y la jurisprudencia pacíficamente predominantes, las cuales han mantenido la actualidad del Código. Entre los cambios más relevantes, según Leveneur, se destacan la asimilación del abuso del estado de dependencia como vicio de violencia, reemplazo del objeto y la causa por el contenido del contrato, la lucha contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, revisión judicial de los contratos por imprevisión, atribución de poderes unilaterales a una de las partes, renovación de la cesión de créditos, admisión de la cesión de deuda, organización de la cesión de contrato, la fuerza probatoria de las copias, etcétera.

Uno de los criterios más importantes que fundamentan esta reforma es la defensa del débil jurídico. Pero esta defensa está centrada en la dotación de poderes al individuo, dentro de una concepción típicamente liberal. No se trata de someter a las partes a una tutela colectivista ejercida por organismos administrativos, sino de reconocer y otorgar facultades y mecanismos de prueba que fortalezcan la libertad contractual, aún para aquellos cuya minusvalía económica no le dé naturalmente la posibilidad de defender sus derechos individuales. A lo cual se acompaña la intervención imparcial y supletoria de los jueces, como garantes de la legalidad. No hay paternalismo administrativo en eso, sino empoderamiento del individuo, encaminado a lograr el equilibrio del contrato. Con esta finalidad, la reforma introduce nuevas normas, pero la mayor parte de su aporte es la de aclarar las normas de principio, la de crear mecanismos expeditos para que los principios puedan aplicarse, y la introducción de nuevos temas en las relaciones jurídicas provocados por el avance tecnológico, en especial en las materias informática y electrónica.

Además del criterio mencionado, la reforma insiste con fuerza en el principio de buena fe en la negociación, formación y ejecución de los contratos; en la proscripción del abuso del derecho en el marco contractual; y en la interpretación integral de los contratos y las normas, más allá de su limitada literalidad. En este sentido, cabe destacar la asunción plena del deber recíproco de informar de los co-contratantes, acerca de cualquier hecho o circunstancia determinante del consentimiento, cuyo incumplimiento puede provocar la nulidad del contrato. Se destaca

también la revisión de los precios abusivos fijados unilateralmente por el acreedor en los contratos marco y de servicios. Otro, toda cláusula que priva de substancia la obligación esencial del deudor se reputa no escrita. En el contrato de adhesión, toda cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes se reputa no escrita. En caso de vicio de nulidad en el contrato, la parte afectada puede demandar la confirmación o nulidad del contrato, sin esperar a que la parte protegida lo solicite o alegue. En cuanto a la interpretación contractual, todas las cláusulas se interpretan sistemáticamente, o sea, las unas por relación con las otras, pero además, si se trata de varios contratos concurrentes en una misma operación, todos deberán interpretarse en función de dicha operación. Curiosamente, la reforma expresa que no podrán interpretarse las cláusulas claras y precisas, por el riesgo de desnaturalización (cuántas veces han sido desnaturalizadas las normas constitucionales y de todo orden en nuestro país).

Bajo el título de la *Inejecución del Contrato*, la reforma articula con forma unilateral un régimen integral de acciones, que afrontan el tema en modo completo, incluyendo la hipótesis de cumplimiento imperfecto. Así, en una misma disposición se reúnen el rechazo o suspensión de la propia obligación; la iniciación y prosecución de la ejecución natural o específica de la obligación; la reducción del precio; la resolución del contrato por grave incumplimiento y la demanda de reparación de daños e intereses. En el entendido, de que todas las vías son acumulables, siempre que no sean incompatibles. Sin embargo, la reforma prohíbe la ejecución forzosa natural si su costo es desproporcionado para el deudor en relación con el interés del acreedor, con lo cual evita el abuso del derecho y propicia el equilibrio contractual. Con igual sentido limita los efectos restitutorios de la resolución, para dar paso a la rescisión (résiliation) cuando las prestaciones ejecutadas han sido de utilidad para las partes. Esto último resalta la racionalidad de la norma adoptada, en armonía con el conjunto de los principios y reglas de la institución contractual.

En fin, los 353 artículos involucrados en la reforma presentan modificaciones al Código Civil Francés, ya sea alterando los textos anteriores o creando nuevas disposiciones. La anterior reseña no ha tenido por objeto describir todos los cambios sino tan sólo dar una idea del alcance

y del sentido de la inmensa labor cumplida por los grupos de juristas intervinientes en las propuestas de cambios, la cual podría inspirar a nuestros especialistas a iniciar un trabajo de selección y asimilación de muchos de los cambios, sin dejar de reconocer que muchas normas que son nuevas en el texto francés, ya existen con similar redacción en nuestro Código Civil, pues el mismo incorporó reformas posteriores al Código Francés, que este último nunca incorporó, como seguramente nos dirán los expositores de la jornada de hoy.

Para terminar estas palabras, no puedo menos que expresar mi satisfacción por tener la oportunidad de conocer este admirable producto de la cultura francesa, que en su versión original inspiró todo un sistema jurídico y que ha sido modelo de la legislación para todos los países de Iberoamérica, desde hace casi doscientos años. Al mismo tiempo que agradecer a los académicos conferencistas su aporte a este evento.

Muchas gracias.

Caracas, 11 de mayo de 2018.

VISIÓN PANORÁMICA DEL PROCESO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 2016. PRINCIPALES INNOVACIONES*. PROF. LUCIANO LUPINI BIANCHI, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.

SUMARIO

- El porqué de la reforma.
- Sus antecedentes.
- El método empleado para la reforma.
- Principales innovaciones.
- Conclusión.

* Para las citas y referencias bibliográficas, remitimos al lector a nuestro trabajo: “La reforma del código civil francés de 2016. Principales innovaciones en materia de responsabilidad precontractual y formación de los contratos”, publicado en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 157, Caracas, ACPS, 2017, p. 1451 y ss. (disponible en la página: acienpol.org.ve).

Para comenzar esta Jornada, hemos creído útil proporcionar una visión panorámica del proceso de reforma que introdujo el legislador francés en el Código Civil, por Ordenanza de fecha 10 de febrero de 2016, relativa a los contratos, a las obligaciones y a las pruebas. Procuraremos también, dentro de la medida del escaso tiempo disponible, referirnos a las innovaciones que consideramos de mayor importancia e interés, incluyendo una breve referencia a las de la novísima ley 2018-287, del 20 de abril de 2018.

EL PORQUÉ DE LA REFORMA.

La inmutabilidad de las normas del Código civil francés de 1804 en materia de obligaciones y de contratos, es un fenómeno que contrastaba con las numerosas modificaciones que el mismo experimentó en otras áreas tales como el derecho de personas, familia y sucesiones. En un país de derecho escrito, como lo es Francia, en los últimos dos siglos se produjo una suerte de “fuga” de la letra del Código, en la materia que nos ocupa.

Frente a los grandes cambios que en la vida de los sujetos y en la manera de desarrollar la actividad comercial, produjeron la revolución industrial y las nuevas invenciones en materia de comunicaciones durante dos siglos, las disposiciones que regulan el contrato, las obligaciones y la responsabilidad extracontractual del Código de 1804 fueron revelando su insuficiencia y su incapacidad para servir de marco rector para resolver los novedosos y numerosos problemas producto de esta evolución.

Tradicionalmente, la respuesta de los franceses, en lugar de colmar las evidentes lagunas del sistema mediante una reforma general, se basó en el recurso a una jurisprudencia pretoriana que, en sentencias

de principios, desarrolló soluciones casuísticas que permitieron resolver los problemas centrales en la materia. Por razones de brevedad, recordaremos apenas, la construcción que hizo la Casación francesa de un nuevo cuasicontrato, el enriquecimiento sin causa, al margen de las normas del Código Civil.

También son harto conocidas las sentencias en materia de abuso del derecho, la responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas (para atender los problemas de una sociedad en la cual comenzó a imperar el maquinismo), las que procuraron emplear la noción de la causa para resolver diversos problemas de desequilibrio contractual (muchas veces distorsionando su concepción original) y las que emplearon el principio de la buena fe, para atender los abusos ocasionados por las nuevas formas de contratación (p. ej. el contrato de adhesión) y resolver problemas suscitados en la fase de la formación de los contratos, frente a la ausencia de respuestas en la letra del Código.

Sin embargo, materias de fundamental importancia como el proceso de formación del contrato (por la ausencia de normas en materia de oferta y aceptación), los precontratos, la representación, la alteración sobrevinida de las circunstancias económicas originalmente previstas por las partes, la teoría general de los contratos bilaterales, pusieron a dura prueba la capacidad de respuesta de la jurisprudencia pretoriana, que comenzó a revelar sus contradicciones y su incertidumbre, frente a las siempre crecientes lagunas del sistema.

Mientras, dentro del marco de la Unión Europea, especialmente a partir del año 2000, se fueron produciendo una serie de iniciativas para procurar la unificación del sistema de los contratos y de las obligaciones en Europa. En este sentido cabe recordar, principalmente, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de Gandolfi, los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) del profesor Olé Lando. En el plano de las reformas legislativas, en materia de obligaciones y contratos, cabe recordar la holandesa de 1992 y la alemana de 2001.

Estos impulsos renovadores, fueron acogidos inicialmente con escepticismo por los juristas franceses. Tal como lo resume bien el profesor Mathias Latina, ante los proyectos de unificación:

los escasos juristas franceses que decidieron no practicar la política de la silla vacía se dieron cuenta que la voz del derecho francés de los contratos era inaudible. Este último no era obsoleto, debido al notable trabajo que la jurisprudencia había realizado para adaptar el derecho común de los contratos a las necesidades contemporáneas. Por contraste, los textos habían quedado superados, lo cual constituía el colmo para un país de derecho escrito e impedía al derecho francés de servir como modelo. El primer impulso de la reforma del derecho de obligaciones por ende fue europeo, de diversos autores que creyeron que la elaboración del derecho europeo de contratos se podía hacer sin el derecho francés y que condujo a la adopción de reglas incompatibles con la tradición contractual francesa.

La señalada situación, finalmente, condujo a los juristas franceses a una seria reflexión sobre la necesidad de una reforma de la materia. La comparación efectiva entre el Código Napoleón y las nuevas propuestas europeas reveló el atraso importante y la imposibilidad de conciliar los nuevos principios y directrices, las recientes propuestas, con la letra de un código que en el pasado había servido de modelo por excelencia para diversas codificaciones del siglo XIX. En otros términos, la letra de la ley francesa, en la materia, había experimentado un paulatino proceso de “momificación”. En este proceso, influyó también el conocido fenómeno de la “descodificación” que ha incidido sobre diversos códigos civiles en el siglo XX, según tuvimos ocasión de señalar hace más de una década.

SUS ANTECEDENTES.

En lo que se refiere al llamado Proyecto ítalo-francés (o franco-italiano) de Código de las Obligaciones y de los Contratos de 1927, cabe destacar que, a diferencia del caso de Venezuela e Italia, careció de influencia en Francia, durante el siglo pasado.

Es precisamente a raíz de la publicación de los diversos proyectos europeos a los cuales hemos hecho referencia, cuando se despierta, como se ha dicho, la atención de los juristas franceses.

En el año 2005 se produce un anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones, bajo la dirección del profesor Pierre Catalá (Proyecto

Catalá). El espíritu de esta iniciativa era modernizar el sistema en el derecho francés, preservando algunas instituciones clásicas (como la causa), con el propósito declarado de influenciar el derecho europeo de los contratos. Por las peculiaridades de este Proyecto y la adopción de soluciones típicas del sistema francés, tal propósito no fue logrado.

Sin embargo, cabe señalar que la influencia del Proyecto Catalá se nota en la ley n° 2008-561 del 17 de julio de 2008 con la cual fue reformada la materia relativa a la prescripción (contenida ahora en el título XX del Libro III del Código Civil francés). Entre otras cosas, fue reducido el plazo ordinario de la prescripción extintiva, de treinta a cinco años. Ello constituye el reflejo de las tendencias más modernas en la materia, dado que por la transformación que ha experimentado el sistema de comunicaciones durante los últimos 200 años y la forma de negociar, carecen de sentido plazos muy largos, en materia de prescripción extintiva.

En el año 2008, también se dio a conocer un anteproyecto de reforma del derecho de contratos elaborado por el Ministerio de Justicia, que se basó en parte en el de Catalá. Sin embargo, ya en este instrumento se proponía el abandono de la causa como elemento de validez del contrato.

Otro grupo de trabajo, impulsado por la Academia de Ciencias Morales y Políticas, dirigido por el profesor François Terré, presentó una serie de anteproyectos de reforma de la materia de los contratos (2009), de la responsabilidad civil (2011), de los cuasi contratos y del régimen general de las obligaciones (2013). Si bien el llamado Proyecto Terré se apoya en el de Catalá en algunas disposiciones, introduce innovaciones importantes inspiradas en los proyectos europeos. Tal es el caso de la consagración de la teoría de la imprevisión, la eliminación de la causa como requisito de validez del contrato y la eliminación de la categoría de los cuasicontratos. También, en comparación con el Proyecto Catalá, el Proyecto Terré le otorga al juez mayores prerrogativas en tema de revisión de los contratos.

EL MÉTODO EMPLEADO PARA LA REFORMA

A finales del año 2013, fue introducido en el Parlamento un proyecto de ley relativo a la “modernización y a la simplificación del derecho y de los procedimientos en el terreno de la justicia y de los asuntos interiores”. En este proyecto se propuso conferirle al Ejecutivo la facultad de reformar, por vía de Ordenanza, el sistema del derecho de obligaciones, con excepción de lo relativo a la responsabilidad civil.

Superada la inicial resistencia manifestada en el Senado, ante la propuesta de delegar al Ejecutivo la facultad de legislar en esta materia recurriendo a un mecanismo contemplado en el artículo 38 de la Constitución francesa, y luego del pronunciamiento favorable del Consejo constitucional al respecto, la ley habilitante fue publicada finalmente en la Gaceta Oficial el 16 de febrero de 2015 (Ley nº2015-177). El artículo 8 de esta ley autoriza al Ejecutivo, atendiendo a las condiciones previstas en el artículo 38 de la Constitución francesa, a introducir, por vía de Ordenanza, las reformas necesarias para modificar la estructura y el contenido del Libro III del Código Civil a fin de modernizar, simplificar y mejorar la legibilidad y reforzar la accesibilidad del derecho común de los contratos, del régimen de las obligaciones y del derecho probatorio y para garantizar la seguridad jurídica y la eficacia de las normas.

La Ordenanza de reforma fue publicada el 11 de febrero de 2016. El artículo 9 estableció que las disposiciones de la misma entrarían en vigor el 1º de octubre de 2016 y que los contratos celebrados antes de esta fecha serían regidos por la ley anterior (*loi ancienne*). Sin embargo, prevé la aplicación inmediata del tercer y cuarto párrafo del artículo 1123 (pacto de preferencia) y de los artículos 1158 (representación) y 1183 (en materia de nulidad o confirmación del contrato). Se trata de la posibilidad de ejercer de inmediato las nuevas acciones de interpelación (*interrogatoires*) acerca de la existencia de un pacto de preferencia, de los poderes del mandatario o de las causas de nulidad, aun cuando se trate de contratos suscritos antes de la entrada en vigor de la ordenanza.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que la Ordenanza estaba sujeta a ratificación por parte de la Asamblea Nacional, a cuyo efecto se introdujo un proyecto de ley de ratificación, el 6 de julio de 2016 (vale decir, dentro de los seis meses siguientes a su publicación, tal como lo

establecía el artículo 27 de la ley habilitante). Dicho proyecto contenía un solo artículo que contemplaba la ratificación, sin enmiendas, de la Ordenanza.

Con un dejo de cinismo, el profesor Nicolas Molfessis, ha observado que difícilmente se habría logrado la coherencia de la reforma y su celeridad, de haberse tratado de un proyecto sometido a los avatares y vaivenes de una discusión parlamentaria, más centrada en los problemas actuales de la crisis sanitaria, inmigración y seguridad.

Curiosamente, es ahora cuando el Parlamento francés acaba de ratificar, mediante ley 2018-287, del 20 de abril de 2018, la Ordenanza comentada, pero no sin introducir algunas modificaciones.

Al decir de los profesores Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier en sus más recientes comentarios sobre esta ley (publicados en *La semaine juridique* del 30 de abril de 2018), ella introduce algunas aclaratorias y correcciones, principalmente en materia del control del desequilibrio del contrato de adhesión, del régimen de la ruptura de los tratos preliminares, de la reticencia dolosa, de la ejecución forzosa en especie y de la capacidad y representación de las personas jurídicas. Según éstos autores, entre los efectos más importantes de esta ley, está el de ponerle fin al proceso de reforma iniciado por la ley habilitante de 2015, antes mencionada, y el de darle rango legal al texto de la Ordenanza. Con ello, se evita el control del juez administrativo sobre las normas de la Ordenanza y la posible discusión acerca de la extralimitación del texto de la misma, respecto a la ley habilitante.

PRINCIPALES INNOVACIONES

Por la naturaleza del procedimiento adoptado para la reforma y, al carecer la de trabajos preparatorios en el sentido tradicional, la Ordenanza fue acompañada de una Relación (*Rapport*) elaborada para el presidente de la República francesa, que hace las veces de una Exposición de Motivos.

En ella, se señalan las principales novedades de la reforma y su alcance. Nosotros, procurando hacer una apretada síntesis de las innovaciones, seguiremos el orden de la Relación, según la cual se quiso:

Establecer los principios generales rectores de los contratos tales como la buena fe y la libertad contractual; definir mejor la clasificación de los contratos; establecer las reglas que rigen el proceso de formación de los contratos.

Aquí resaltaremos que el legislador francés codifica el principio de que la buena fe debe regir la conducta de las partes incluso en la fase precontractual. Ante la virtual ausencia total de normas en materia de formación del contrato (i.e oferta, aceptación, sus efectos) el legislador se ocupa ahora en detalle de esta fase. En materia de ruptura de las negociaciones preliminares, el artículo 1112 de la Ordenanza establecía que en esta hipótesis, el resarcimiento no comprende las ventajas esperadas del contrato no concluido. La Ley de 2018, agrega ahora que tampoco comprende la pérdida de la oportunidad de obtener tales ventajas, a diferencia del caso de la retractación de la oferta.

En materia de oferta con plazo, cabe destacar que la solución acogida en cuanto a sus efectos en el artículo 1116, difiere de la contemplada en el artículo 1137 del Código Civil venezolano y en el Código Civil italiano de 1942. En efecto, la revocatoria de la oferta firme con plazo en Francia, impide la formación del contrato y tan solo da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, mientras que en Italia y en Venezuela, ella no impide la formación del contrato. La solución adoptada por los franceses es discutible a la luz de la naturaleza jurídica de la oferta firme con plazo y parece ir en contra de los últimos antecedentes de la Casación francesa al respecto.

A su vez, la ley de ratificación de 2018 agrega que no sólo la muerte del oferente deja sin efecto la oferta, sino también la del aceptante (art. 1117).

En cambio, la solución adoptada por la reforma en materia de promesa unilateral (que en verdad es un contrato y equivale al pacto de opción) es igual al caso de Italia y Venezuela. La revocación de una oferta contenida en una promesa unilateral, no impide la formación del contrato.

En el caso de la promesa bilateral de contrato, según lo han resaltado diversos autores franceses, se perdió la oportunidad de darle una cabal regulación, tanto en la Ordenanza, como en la ley de ratificación

de 2018. Sobre todo, en materia de contratos preliminares de compra-venta, se guardó silencio y se mantuvo el discutido texto del artículo 1589 del Código civil francés, según el cual la “promesa de venta equivale a venta”.

El pacto de preferencia, en cambio, es regulado cabalmente en el artículo 1123, a diferencia de lo que acontece en Venezuela y en Italia.

Simplificar las normas relativas a las condiciones de validez de los contratos, en lo que se refiere a la capacidad, a la representación y al contenido del contrato.

Se consagra expresamente el deber precontractual de información; se introduce el concepto de cláusula abusiva y se establece una norma sancionatoria de la conducta de la parte que abusa de la situación de debilidad de la otra (art. 1143).

Se consagra la reticencia dolosa, como vicio del consentimiento, en el artículo 1137. La ley de ratificación aclara ahora que la misma no procede en caso de silencio sobre el valor de la prestación.

En la Ordenanza se regula lo relativo a la representación, siguiendo las huellas del proyecto franco-italiano de las obligaciones, de nuestro Código civil de 1942 y de los modernos proyectos de unificación. La ley de ratificación introduce una modificación en el artículo 1145 en materia de representación de las personas jurídicas. También, en materia de conflicto de intereses, el artículo 1161 reformado por la ley, aclara que esta norma se refiere al caso de representación de las personas naturales.

En cuanto al contenido del contrato, según lo expresa la Relación, se establecen una serie de normas para suplir los efectos de la eliminación de la causa como requisito de validez del contrato.

Así, en el artículo 1162 se expresa que el contrato no puede ser contrario al orden público, ni por sus estipulaciones, ni por su fin, sea ésta conocido o no por ambos contratantes.

En el artículo 1169 se establece la nulidad del contrato a título oneroso cuando en el momento de la formación del contrato, la contrapartida convenida a favor del que se obliga es irrisoria.

A su vez, el artículo 1170 señala que toda cláusula que prive de contenido sustancial a la obligación del deudor se reputará no escrita.

Reforzar el principio del consensualismo y sus excepciones, regulando, así mismo, lo relativo a la forma del contrato.

En este sentido, el artículo 1196 establece el principio de la transferencia de la propiedad *solo consensu* y regula lo relativo a la transferencia de los riesgos de la cosa enajenada.

Obsérvese que ya no se trata del hipotético cumplimiento de una obligación de dar, supuesto que desaparece la referencia a la obligación de dar, como consecuencia de la eliminación por la reforma del tríptico de obligaciones de dar, hacer y no hacer. El efecto traslativo es un derivado directo del contrato en el que se expresa el consentimiento y a partir de ese momento se aplica la regla *res perit domino* (a menos que el deudor haya incurrido en mora de entregar la cosa). El artículo 1197 regula la obligación de entregar la cosa, que comprende la de conservarla hasta el momento de su entrega.

Esclarecer las reglas relativas a la nulidad, en caso de incumplimiento de las condiciones de validez y de forma del contrato.

Aquí vale la pena resaltar que se introduce el novedoso concepto de la caducidad del contrato, en el artículo 1186. Dispone ésta norma que un contrato válidamente formado caduca si luego desaparece uno de sus elementos esenciales. Vale decir, se trata de la caducidad del sinalagma funcional, con posterioridad a la formación del contrato. La misma norma aplica el concepto de caducidad para el caso de contratos coligados.

En materia de nulidades vale la pena destacar la novedad que consiste en la posibilidad que se le acuerda a las partes de constatarla de común acuerdo (art.1178). A diferencia de la resolución, a la nulidad se le atribuyen efectos retroactivos.

Complementar las normas en materia de interpretación del contrato, especificando las propias del contrato de adhesión.

Precisar las reglas en materia del efecto del contrato entre las partes y frente a terceros, consagrando la posibilidad de las partes de adaptar el contrato en caso de cambio imprevisto de las circunstancias (la teoría de la imprevisión).

Aclarar las reglas relativas a la duración de los contratos, mediante la introducción de seis novedosos artículos sobre la materia (1210 al 1215).

Además de consagrar la posibilidad de terminar unilateralmente un contrato de duración indeterminada, respetando el preaviso convencional o legal, el legislador francés introdujo normas dirigidas a regular las figuras de la renovación, prórroga y tácita reconducción del contrato.

En el caso de los contratos a término, primero se establece el principio de que nadie puede exigir la renovación del contrato. Luego, se aclara que los contratos de duración determinada pueden ser renovados por efecto de la ley o del acuerdo entre las partes. En este caso, la renovación dará lugar a un nuevo contrato cuyo contenido es idéntico al precedente, pero cuya duración será por tiempo indeterminado (art. 1214).

En materia de prórroga del contrato, se establece que la misma ocurrirá siempre que los contratantes manifiesten su voluntad en tal sentido (art. 1213).

Finalmente, se establece que vencido el término de duración de un contrato, cuando las partes sigan ejecutando sus obligaciones, se producirá la tácita reconducción. En ésta hipótesis el contrato pasa a ser a tiempo indeterminado (art. 1214).

Sistematizar las normas relativas al incumplimiento del contrato y consagrar la posibilidad de la resolución unilateral previa notificación a la otra parte.

En este sentido, el novedoso artículo 1217 especifica en su texto los remedios a disposición de la parte en caso de inexecución total, parcial o defectuosa del contrato. Alude la norma a la *exceptio non adimpleti contractus*; la ejecución forzosa en especie de la obligación; la reducción del precio (en caso de ejecución defectuosa); la resolución del contrato y la reparación de las consecuencias del incumplimiento.

Cabe destacar que la norma señala expresamente que las sanciones que no son incompatibles podrán ser acumuladas. Se recoge así conceptualmente el principio de la autonomía de la acción de daños y perjuicios respecto a la ejecución forzosa en especie y a la resolución del contrato. Al decir del profesor francés François Chenedé, al evocar la noción de la reparación del perjuicio causado por el incumplimiento, el texto consagra implícitamente la tesis de la responsabilidad contractual, frente a la tesis del cumplimiento por equivalente.

En materia de resolución, se contemplan (art. 1224) tres modalidades: i) la resolución unilateral (vale decir la que se produce mediante

notificación del incumplimiento que hace la parte inocente a la parte que incumplió, luego de la expiración del plazo fijado en ella para que cumpla): ii) la judicial y; iii) la convencional (i.e. la cláusula resolutoria expresa o C.R.E.).

Cabe destacar que mientras en el caso de la resolución unilateral y judicial, debe estar presente el requisito de la gravedad del incumplimiento, en el caso de la C.R.E. el efecto es automático, cuando se den los presupuestos previstos en ella para la resolución.

Otra cosa digna de resaltar es el abandono del efecto retroactivo de la resolución, contemplado en el artículo 1229. Conforme a esta norma la resolución del contrato surte sus efectos a partir de: i) la fecha prevista por las partes en la C.R.E., ii) la fecha en que el deudor recibe la notificación, en caso de resolución unilateral; iii) la fecha que el juez establezca en el caso de la resolución judicial. La norma prevé la aplicación de los efectos restitutorios típicos de la resolución, para el caso de que las prestaciones parcialmente intercambiadas solo tendrían utilidad en caso de ejecución total y exacta del contrato.

En cambio, en caso de que el intercambio de prestaciones haya cumplido su utilidad en la medida de la ejecución del contrato, no habrá lugar al efecto restitutorio para las prestaciones cumplidas antes de la última que no hubiere recibido contrapartida. Se introduce así legalmente el concepto de *resiliación* con el que venía operando la doctrina francesa en materia de resolución de contratos, cuando la resolución carecía de efectos retroactivos.

En el artículo 1218 se define el concepto de la fuerza mayor (lo que se entiende entre nosotros como causa extraña no imputable) y sus efectos. Al respecto, se establece que si el impedimento es temporal, la ejecución de la obligación queda suspendida (a menos que el retardo resultante no justifique su resolución).

En caso de impedimento absoluto o definitivo, establece la norma que el contrato quedará resuelto de pleno derecho, dando lugar a los efectos restitutorios contemplado, en forma general, en el artículo 1352 y siguientes del nuevo Código.

Cabe destacar que el efecto de terminación del contrato, al cual alude nuestra doctrina cuando se refiere a la teoría de los riesgos, no está expresamente contemplado en nuestro código civil. En efecto, nuestro

legislador se limita a señalar en el artículo 1272 que el deudor no estará obligado a pagar daños y perjuicios, en caso de que su incumplimiento se deba a un caso fortuito o de fuerza mayor. Con todo, la doctrina suele acordarle el remedio de la extinción del contrato, en caso de imposibilidad absoluta y definitiva de cumplir el contrato.

Modernizar la regulación de la gestión de negocios y contemplar expresamente el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones;

Introducir un régimen general de las obligaciones tratando de manera más extensa las diversas modalidades de las mismas.

Se regulan así las obligaciones condicionales; a término; acumulativas; alternativas; facultativas; mancomunadas; solidarias e indivisibles. Se reforman las reglas en materia del pago y de los otros medios de extinción de las obligaciones. Aquí vale la pena resaltar la introducción del concepto de obligaciones acumulativas en el artículo 1306. Son éstas las que contemplan en su objeto una pluralidad de prestaciones y en las cuales, por ende, el deudor tan solo quedará liberado ejecutándolas todas.

En materia de obligaciones pecuniarias, vale la pena destacar el novedoso artículo 1343. Esta norma comienza ratificando el principio del nominalismo, pero luego hace referencia a la posibilidad de pactar la indexación de las deudas dinerarias. Se autorizan así las cláusulas de valor o de indexación, cuestión que fue objeto de debate en el sistema francés clásico. En la ley de ratificación, en este artículo, se liberaliza el tema del pago en moneda extranjera.

Así mismo, por primera vez en Francia se hace expresa referencia al concepto de las deudas de valor, y se señala que el deudor, en éste caso, se liberará entregando la suma de dinero producto de su liquidación.

Regular mejor lo relativo a las operaciones susceptibles de modificar la relación obligatoria.

En este sentido, al propio tiempo que se modernizan las reglas que rigen la cesión de créditos, la novación y la delegación, se consagran expresamente las figuras de la cesión de deudas y de la cesión del contrato. En cuanto a la cesión de deudas la ley de ratificación de la

Ordenanza introduce una modificación, convirtiendo a la misma en un contrato solemne, al requerir que conste por escrito (art. 1327).

Así mismo, se regula lo relativo a las obligaciones restitutorias de manera general.

Los principios establecidos en la materia, son invocados expresamente para las restituciones en caso de resolución del contrato (tanto por inejecución como en caso de fuerza mayor, que impida definitivamente la ejecución) caducidad o nulidad del contrato.

Aclarar y simplificar el conjunto de reglas aplicables en materia de prueba de las obligaciones. Por ello se regula con más detalle lo relativo a la carga de la prueba; a las presunciones legales; a los pactos sobre la prueba y a las condiciones de admisibilidad de las pruebas.

En materia de prueba, me limitaré a comentar que el artículo 1356 admite, por primera vez, la validez de los contratos relativos a las pruebas, siempre que versen sobre derechos disponibles. Estos pactos tampoco podrán ir en contra de las presunciones legales irrefragables (iuris et de iure), o la fe atribuida a la confesión o al juramento decisorio. Al mismo tiempo, se reafirma el principio de la libertad de pruebas, salvo los casos previstos en la ley.

CONCLUSIÓN

Para terminar, cabe señalar que la Relación comentada aclara que la reforma tiene dos objetivos principales.

El primero se refiere a la necesidad de reforzar la seguridad jurídica. En este sentido, en la parte inicial de la Exposición de Motivos de la reforma, se expresa que:

La seguridad jurídica es el primer objetivo perseguido por la ordenanza, que procura facilitar la lectura y accesibilidad del derecho de los contratos, del régimen de las obligaciones y de las pruebas. En efecto, en la materia, el código civil, casi inmutado desde 1804, no refleja ya, en su letra, el estado del derecho.

Así, al propio tiempo que se elimina la tradicional distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer, se consagran normas que regulan instituciones conocidas en la práctica, más no contempladas por el Código de 1804, tales como las ya comentadas en materia de la oferta,

promesa unilateral de contrato y pacto de preferencia. También se regula de manera expresa la figura de la reticencia dolosa y, a mi manera de ver, el llamado dolo incidental, cuando se prevé que, con independencia de la anulación del contrato, la parte puede pedir el resarcimiento de daños y perjuicios conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual (art. 1178).

El segundo objetivo declarado de la reforma es reforzar el atractivo del derecho francés en el plano político, cultural y económico.

La seguridad jurídica conferida por la reforma, en concepto del legislador, facilitará la aplicación del nuevo derecho de las obligaciones a los contratos internacionales.

Precisamente en conexión con este objetivo, la Relación hace expresa referencia al abandono de la teoría de la causa (por haber la misma suscitado numerosos debates y confusiones) con el fin de facilitarle a Francia uniformar su legislación a la de numerosos ordenamientos extranjeros, consagrando, sin embargo, mecanismos para cumplir con la misión de reequilibrar los contratos y garantizar la justicia contractual, función que, con base en diversas concepciones de la causa, le había atribuido a ésta la jurisprudencia.

Al referirse a la eliminación de la causa, como elemento necesario para la validez del contrato, la Relación hace expresa referencia a la multiplicidad de significados y funciones que a esta figura se le habían asignado, al hablar de causa del contrato en sentido subjetivo, así como de causa de la obligación tanto en sentido objetivo, como subjetivo. Algunos autores han sostenido que la causa ha sobrevivido a la reforma y citan en tal sentido una frase de la Relación en la cual se alude al, según ellos, mero “abandono formal de la noción de la causa”. No parecen haber leído íntegramente dicha Relación, la cual es muy clara al respecto; el recurso a esta institución proteiforme y de contornos mutantes, generaba mucha confusión. Por ello, ahora el Código Civil francés limita los requisitos de validez del contrato a tres: el consentimiento de las partes, la capacidad de contratar y un contenido cierto y lícito. El concepto de contenido del contrato viene a sustituir tanto a la causa como al requisito del objeto, en su acepción clásica.

Para ratificar lo expuesto, a pesar de la insistencia de algunos en el Parlamento en reintroducir la noción de la causa del contrato, en la ley de ratificación tal idea aparece descartada definitivamente.

En verdad, de la causa originaria (la de la obligación como elemento de validez del contrato) recogida por el Código de 1804, nada queda. Por otro lado, carecen ahora de sentido, frente a las novedosas normas que se adoptaron expresamente en materia de contenido del contrato, su licitud y proporcionalidad, los malabarismos de una jurisprudencia que manejaba a su antojo el elemento de la causa, distorsionando muchas veces su concepción.

PRINCIPALES INNOVACIONES EN MATERIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 2016. PROF. ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS*, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ERROR. 1) Introducción. 2) Error sobre las cualidades esenciales de la prestación. 3) Error sobre las cualidades esenciales del co-contratante. 4) Error de derecho. 5) Error excusable. 6) Error sobre los motivos. 7) Error sobre el valor. III EL DOLO. 1) Introducción. 2) Elemento material. 3) Dolo causante y dolo incidental. 4) El agente del dolo. 5) Los efectos del dolo. IV. LA VIOLENCIA. 1) Introducción. 2) Violencia humana. a) Configuración. b) Ilegitimidad de la violencia. c) Gravedad de la violencia. d) Objeto de la violencia. e) El agente de la violencia. 3) La llamada violencia contextual. a) Los precedentes doctrinales de la reforma del Código Civil francés. b) Consagración legal. c) Configuración.

* Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

I. INTRODUCCIÓN

En la reforma del Código Civil francés a que se contrae la Ordenanza (*Ordonnance*) N° 2016-131 de reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones de fecha 10 de febrero de 2016, y que se encuentra en vigencia desde el 1° de octubre de 2016¹, se introducen algunas innovaciones y cambios importantes, en la regulación de los vicios del consentimiento. La novísima Ley 2018-287 sancionada por el Parlamento francés el 20 de abril de 2018², mediante la cual se ratificó la aludida Ordenanza N° 2016-131, introdujo ulteriores modificaciones sobre la materia, concretamente en lo concerniente a la reticencia dolosa y a la violencia contextual, las cuales también serán objeto de nuestros comentarios en el presente trabajo.

En esta exposición me referiré a las principales innovaciones, tanto formales como sustanciales, que trae la reciente reforma del Código Civil francés en materia de vicios del consentimiento³.

En cuanto a la forma, la principal innovación se refiere al orden como se regulan los vicios del consentimiento. El Código Napoleón, al igual que lo hace actualmente nuestro Código Civil, regulaba la violencia después del error y antes que el dolo. En cambio, el nuevo texto

¹ Al respecto, véase: Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr>. [Fecha de consulta: 23/11/2016].

² Al respecto, véase: Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEX000036825602&dateTexte&categorieLien=id> [Fecha de consulta: 28/04/2018].

³ Algunos temas a que se contrae la presente exposición fueron desarrollados, en mayor o menor medida, en mi trabajo “El Régimen de los Vicios del Consentimiento en la Reforma del Código Civil Francés de 2016” publicado en la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, núm 8, Caracas, 2017, p.p. 355-400.

legal regula primero el error, luego el dolo; y, por último, la violencia, lo que resulta más coherente puesto que permite analizar mejor los vicios del consentimiento según su gravedad, esto es, examinando primero los menos graves y a continuación los más graves. Además, al seguir este orden, la reforma tiene el acierto de poner más claramente de relieve las interrelaciones existentes entre el error y el dolo.

En cuanto al fondo, quizás la innovación más importante sea el reconocimiento de la denominada *violencia contextual* que surge cuando una parte abusando de la situación de dependencia en la que se encuentre su co-contratante al tiempo del contrato, obtenga de él un compromiso que no habría contraído de no hallarse bajo esta coacción, y derive del mismo una ventaja manifiestamente excesiva. Sin embargo, como se indica poco más adelante, el nuevo artículo 1.143 del Código Civil francés que contempla esta situación, es bastante impreciso (*infra*, Nº IV,3,c). Por lo cual, será necesario esperar la aplicación de esta disposición por parte de los tribunales franceses para poder apreciar su verdadero contenido y sus límites.

Por otra parte, la reforma antes de referirse específicamente a cada uno de los vicios del consentimiento, establece dos disposiciones de carácter general aplicables a todos los vicios que afectan la voluntad contractual.

En primer lugar, en el artículo 1.130 del Código Civil se establece que “el error, el dolo y la violencia vician el consentimiento cuando han sido de tal naturaleza que sin ellos una de las partes no hubiera contratado o hubiera contratado en condiciones sustancialmente diferentes. Su carácter determinante se aprecia teniendo en cuenta a las personas y a las circunstancias bajo las cuales el consentimiento ha sido dado”.

Esta disposición sustituye al artículo 1.109 del Código Napoleón que se limitaba a enunciar los tres vicios susceptibles de invalidar el consentimiento y a prescribir textualmente que “no hay consentimiento válido cuando este haya sido dado a consecuencia del error o arrancado por violencia o sorprendido por dolo”. Esta disposición del *Code* no tenía ningún otro contenido normativo. La reforma, en cambio, establece un régimen común aplicable a los vicios del consentimiento: para invalidar el consentimiento, el error, el dolo y la violencia deben haber determinado la voluntad contractual, lo que se produce cuando sean

de tal entidad que de no haber mediado el vicio, la víctima no habría contratado, o lo habría hecho bajo condiciones sustancialmente diferentes. El Código Napoleón solo consagraba expresamente el carácter determinante del dolo: el dolo es causa de nulidad del contrato, según el artículo 1.116 del *Code*, cuando las maquinaciones practicadas por una de las partes han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado⁴. La primera virtud del nuevo artículo 1.130 del Código Civil francés es, por consiguiente, su carácter pedagógico: el error, el dolo y la violencia solo permiten invalidar el contrato cuando son de carácter determinante, esto es, cuando con toda certeza han alterado real y efectivamente el consentimiento de la víctima, porque de no haberse puesto en práctica esta no hubiera contratado o lo hubiera hecho bajo condiciones sustancialmente diferentes.

Por otra parte, la valoración del carácter determinante del vicio debe hacerse ahora en atención a la persona de los contratantes y a las circunstancias bajo las cuales se ha prestado el consentimiento (artículo 1.130, segunda parte), es decir, mediante un criterio de apreciación *in concreto*. Esta nueva disposición tiene el mérito de destacar una nota común de todos los vicios del consentimiento con lo cual se disipan las dudas que sobre la materia podían suscitarse bajo el régimen anterior, sobre todo por lo que respecta a la apreciación de *la violencia* como circunstancia susceptible de invalidar el consentimiento. En efecto, de acuerdo con el artículo 1.112 del Código Napoleón, el consentimiento se reputa arrancado por violencia “cuando esta cause una impresión tal sobre una persona sensata (*raisonable*) que pueda inspirarle el temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable y presente. Debe atenderse en esta materia a la edad, sexo y condición de las personas”⁵.

⁴ Sustancialmente equivalente al artículo 1.154 del Código Civil venezolano aunque esta disposición, a diferencia del artículo 1.116 del *Code*, consagra expresamente el carácter relativo de la nulidad del contrato celebrado bajo la influencia del dolo y contempla que el dolo es igualmente causa de anulabilidad del contrato cuando proviene de un tercero con el conocimiento del otro contratante.

⁵ En el mismo sentido, el artículo 1.151 del Código Civil venezolano dice textualmente lo siguiente: “El consentimiento se reputa arrancado por violencia, cuando ésta es tal que haga impresión sobre una persona sensata y que pueda inspirarle justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable. Debe atenderse en esta materia a la edad, sexo y condición de las personas”.

La redacción de esta norma se criticó porque parecía contradictoria. De un lado, para saber si la violencia había viciado o no el consentimiento había que atender a la condición de la persona lo que puede hacerla más o menos susceptible de dejarse impresionar por una situación concreta de violencia. Pero, por el otro, la ley exigía que la violencia debía ser de tal entidad que fuera susceptible de impresionar a una persona sensata (*raisonable*) lo que implicaba un criterio de apreciación *in abstracto*⁶.

Hoy en día queda absolutamente claro en el Código Civil francés que la apreciación de la violencia (así como la del error y el dolo) debe hacerse aplicando un criterio de apreciación *in concreto*. Por consiguiente, para saber si el consentimiento se encuentra viciado lo que hay que preguntarse es si, de no haber mediado el error, el dolo o la violencia, *este contratante* de todas maneras habría consentido en celebrar el contrato. Para ello hay que tener en cuenta las condiciones particulares de los contratantes, así como las circunstancias bajo las cuales se celebró el contrato. De ahí que al profano, a la persona muy inocente o más fácilmente influenciable podrá dispensársele una protección más adecuada a su situación particular y a sus limitaciones. Desde luego, en ningún caso un error inexcusable, un engaño del que fácilmente pueda percatarse cualquier persona o una amenaza ridícula podrán permitir invalidar el consentimiento, ni siquiera cuando la víctima sea una persona totalmente ignorante, extremadamente inocente o excesivamente frágil.

La segunda disposición de carácter general aplicable a todos los vicios del consentimiento que trae la reforma del Código Civil francés es el nuevo artículo 1.131 de acuerdo con el cual los vicios del consentimiento producen siempre la *nulidad relativa* del contrato. Desde luego, esta situación no la consagraba explícitamente el Código Napoleón, pero estaba perfectamente reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia francesas⁷, puesto que es evidente que se trata de una nulidad dirigida fundamentalmente a proteger los intereses particulares de uno de los contratantes y no tanto destinada a la protección del

⁶ Al respecto, véase: GHESTIN, Jacques: “Les obligations – Le Contrat: Formation” en *Traité de Droit Civil*. Tome II. L.G.D.J. París, 1988. p. 497.

⁷ Al respecto, véase: MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Les Obligations*. Defrénois. París, 2005. p. 240; GHESTIN, Jacques: *op.cit.*, Tome II. p. 359, especialmente, la nota 20 y la jurisprudencia de los tribunales franceses allí citada.

orden público o a la salvaguarda de las buenas costumbres⁸. El efecto fundamental de los vicios del consentimiento que reúnan los requisitos legales es que producen la anulabilidad del contrato, es decir, la nulidad relativa del mismo. El sujeto que experimenta el vicio puede pues obtener la anulación del contrato.

Cabe hacer notar que en el texto final de la Ordenanza por medio de la cual se reformó el Código Civil francés se eliminó una disposición incluida en el proyecto de Ordenanza de febrero de 2015 que reconocía al otro contratante la posibilidad de rectificar el contrato subsanando el error en que había incurrido su contraparte⁹.

Tampoco se le otorgó al juez en la reforma el poder de adaptar el contrato conforme al contenido que le hubieran otorgado las partes de no haber mediado el error común en el que ellas incurrieron al momento del contrato. Se consideró que esta facultad se alejaba demasiado del poder de la autoridad judicial en el sistema francés, sobre todo si se tiene en cuenta que no se trataba tan solo de conferirle el poder de revisar el contrato, sino de establecer su contenido sustituyéndose a las partes al corregir el error compartido en el cual habían incurrido al tiempo del contrato. En efecto, difícilmente se concibe en un sistema que fundamenta la fuerza obligatoria del contrato en el acuerdo de voluntades, permitirle al juez fijar el contenido de la convención¹⁰.

⁸ Aunque el artículo 1.146 del Código Civil venezolano se refiere a la nulidad del contrato celebrado bajo la influencia del error, el dolo o la violencia, el artículo 1.154 al referirse al dolo, deja claro que se trata de una nulidad relativa o anulabilidad.

⁹ De acuerdo con el proyecto de Ordenanza (*Ordonnance*) de febrero de 2015, el co-contratante de la víctima del error podía proponerle a esta última la rectificación del contrato conforme al contenido y a las modalidades del contrato que esta quiso concluir. Si el contratante no respondía a la propuesta de rectificación dentro de los seis meses siguientes a la fecha de su recibo, el contrato se entendía automáticamente rectificado. Esta disposición se eliminó en el texto final de la Ordenanza (*Ordonnance*) de reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones citado en la nota 1 *ut supra*, que entró en vigencia el 1º de octubre de 2016. Por consiguiente, de acuerdo con el texto legal vigente, aunque el otro contratante le proponga a la parte que incurrió en el error, mantener el contrato como si no hubiese habido error, esto es, sin perjuicio para este último, el silencio del *errans* sobre la rectificación propuesta no producirá ningún efecto. Al respecto, véase: CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias: *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. *Éditions* Dalloz. Paris, 2016. p. 245.

¹⁰ La adaptación judicial del contrato sí está contemplada en los Principios de Derecho Contractual Europeo preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos

En cualquier caso, la anulación del contrato no es la única sanción que establece el Código Civil francés cuando el consentimiento está viciado. Independientemente de la nulidad del contrato, la parte a quien le es imputable el vicio del consentimiento debe reparar el daño causado a la otra, conforme a las normas del Derecho común que gobiernan la responsabilidad extracontractual (artículo 1.178 *in fine*). Esto significa que la nulidad se produce sin perjuicio de la eventual indemnización de los daños causados¹¹. De ahí que el contratante que invoque su error o el co-contratante de la víctima del dolo o de la violencia debe indemnizar a la otra parte los daños y perjuicios que le ocasione la nulidad del contrato. Si la parte afectada se limita a demandar los daños y perjuicios, la indemnización solo comprenderá la pérdida de la oportunidad que tuvo de obtener una ganancia por no haber podido celebrar un contrato en condiciones más ventajosas. Si los daños y perjuicios se acumulan a la demanda de nulidad, solo procederá su indemnización cuando después de efectuada la restitución de las prestaciones a que dé lugar la nulidad del contrato, todavía subsista una pérdida en el patrimonio de la parte afectada por la celebración del contrato anulado.

II. EL ERROR

1) Introducción

En lo concerniente a la regulación del error como un vicio del consentimiento, en la reforma del Código Civil francés, es necesario hacer las siguientes observaciones preliminares.

bajo la presidencia del profesor doctor Ole Lando y publicados en 1995 (los “PDCE”), en el supuesto de error compartido, es decir, cuando ambas partes hubieren incurrido en el mismo error. En efecto, en el artículo 4:105 (3) de los PDCE se establece: “Cuando ambos contratantes hubieran cometido el mismo error, el juez o tribunal podrá restablecer, a petición de cualquiera de las partes, la validez del contrato otorgándole el sentido que, en buena lógica, habrían acordado las partes de no haber existido el error”. De manera similar, en el artículo 4:109 (2) de los PDCE se le confiere idéntico poder al juez cuando el contrato se hubiese concluido abusando de la situación de dependencia en que se encontraba uno de los contratantes.

¹¹ Cfr. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *Droit Civil. Les Obligations*. Dalloz. París, 2005. p.p. 233-234, 245 y 255.

1. La reforma no menciona el llamado *error obstáculo*, como tampoco lo hacía el Código Napoleón¹². Podría pensarse que como el error obstáculo provoca una falsa apreciación de la realidad de tal naturaleza y gravedad que impide la formación del consentimiento, esta clase de error, en realidad, no constituye un vicio del consentimiento sino una circunstancia que impide la formación del mismo y que, por tanto, produce la nulidad absoluta del contrato y no su nulidad relativa. No lo creemos así, puesto que no hay nada en la Ordenanza de reforma ni en su respectivo informe de presentación que así lo indique o haga suponer. Por consiguiente, consideramos más bien que al no haberse referido la reforma al error obstáculo, lo que quiso el legislador fue equipararlo en sus efectos al llamado *error vicio*. Tanto más cuanto que en ambos casos se trata de una situación que solamente atañe al interés de las partes contratantes y que no afecta en forma alguna al orden público ni a las buenas costumbres. No existe ninguna justificación para concluir que en algunos casos el error produce la nulidad absoluta; y, en otros, la nulidad relativa del contrato cuando siempre de lo que se trata es de proteger a la parte o a las partes que se han equivocado¹³.

Así lo había dejado ya establecido la doctrina y la jurisprudencia francesa más moderna que tiende a equiparar en sus efectos al error obstáculo y al error vicio toda vez que en ambos casos la voluntad negociada no se corresponde con lo querido por el contratante, sea porque su voluntad se ha formado bajo el influjo de una falsa representación de la realidad, o porque hubo un simple error en la declaración y, por ende, lo declarado no refleja su verdadera voluntad¹⁴.

¹² Tampoco el Código Civil venezolano, cuando regula el error como vicio del consentimiento, se refiere al error obstáculo.

¹³ Al respecto, véase: GHESTIN, Jacques: *op. cit.*, Tome II. p.p. 902-903; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p. 233; WEILL, Alex: *Droit Civil. Les Obligations* Dalloz. París, 1971. p.p. 174-176 y 192; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo VI. Traducción castellana de Mario Díaz Cruz. Cultural S.A. Habana, 1946. p.p. 237-239. En la doctrina nacional, véase: LÓPEZ HERRERA, Francisco: *La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil Venezolana*. Empresa El Cojo S.A. Caracas, 1952. p.p. 189-190.

¹⁴ Esta es, por lo demás, la solución adoptada por el Código Civil alemán B.G.B. (§ 119), el Código italiano de 1942 (art. 1433) y el Código Civil portugués (art. 247). Según el párrafo 119 del B.G.B.: “1. Quien en el momento de hacer una declaración de voluntad está en un error en cuanto a su contenido, o no pretendía en absoluto hacer una declaración de dicho

En fin aunque desde el punto de vista conceptual, el error obstáculo y el error vicio son dos figuras distintas, sin embargo, desde el punto de vista de los efectos que producen respecto de la voluntad contractual, deben recibir el mismo tratamiento por cuanto las consecuencias de una y otra especie de error son, en esencia, las mismas. Por lo cual, hay que aplicar al error en la declaración la regulación que trae el Código Civil para el error vicio. En ambos casos el error acarrea como consecuencia la nulidad relativa del contrato, pudiendo éste ser objeto de confirmación¹⁵.

2. Siguiendo la orientación del Código Napoleón, los redactores de la reforma limitaron los casos en los cuales el error puede ser tomado en cuenta como vicio del consentimiento: solamente *el error de derecho* y *el error de hecho* sobre una cualidad esencial de la cosa, o las cualidades esenciales de la persona con quien se ha contratado, son susceptibles de invalidar el consentimiento y producir la anulación del contrato (artículos 1.132 - 1.134) (*infra*, N^{os} II, 2,3 y 4).

contenido, puede rescindir la declaración si se da por sentado que no la habría hecho con conocimiento de los hechos y una estimación razonable de la situación. 2. Como error sobre el contenido de la declaración se considera también un error en cuanto a las cualidades de la persona o cosa que se consideran esenciales en el negocio”. Por su parte, el artículo 1433 del *Codice* establece: “Las disposiciones de los artículos precedentes se aplicarán también al caso de que el error recayese en la declaración o de que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por la persona o por la oficina encargada de hacerlo”. Y de acuerdo con el artículo 247 del Código Civil portugués: “Cuando en virtud del error, la voluntad declarada no corresponda a la voluntad real del autor, la declaración negocial es anulable, si el destinatario hubiese conocido o no debiese haber ignorado el carácter esencial que para el declarante revestía el elemento sobre el cual recayó el error”. Como se ve, en estos ordenamientos, al error en la declaración se le da el mismo tratamiento que se da al error vicio del consentimiento (nulidad relativa y no absoluta en ambos casos), siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en la ley para que el error produzca la anulación del contrato.

¹⁵ En criterio de la doctrina nacional moderna, el error obstáculo se asimila en sus consecuencias al error vicio y da lugar a la nulidad relativa del contrato. Al respecto, véase: LÓPEZ HERRERA, Francisco: *loc. cit.*; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato*. Quinta Edición. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N^o 61. Caracas, 2012. p.p. 153-154; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2013. p.p. 632 y 641; BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo I. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2006. p.p. 77-78; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El Error El Dolo y la Violencia en la Formación de los Contratos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N^o 83. Caracas, 2010. p.p. 34-41.

3. Pero adicionalmente la reforma delimita el campo de aplicación del denominado por la doctrina error irrelevante, es decir, *el error sobre los motivos y el error sobre el valor*, así como las circunstancias bajo las cuales esta clase de error puede incidir en la validez del contrato (artículos 1.135-1.136) (*infra*, N^{os} II, 6 y 7).

2) Error sobre las cualidades esenciales de la prestación

El artículo 1.110 del Código Napoleón se refería al error *in substantia* en los siguientes términos “el error no es causa de la nulidad de la convención sino cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa que constituye su objeto”.

Ahora bien, como se ha afirmado, sustancia y cualidad son dos conceptos diferentes, la cualidad se refiere a alguno de los variados modos de ser de una sustancia. Un error puede tener por objeto una sustancia (una botella llena de vinagre, la creemos llena de vino), bien una *qualitas* (un mismo vino puede pertenecer a una cosecha distinta de aquella a la que creíamos a que pertenecía). De ahí que muy pronto se produjo entre los comentaristas del Código Napoleón una disputa acerca de lo que debía entenderse por “sustancia” en el sentido del artículo 1.110 del *Code*.

El primer problema que se planteó la doctrina bajo la vigencia del Código Napoleón fue el de la noción jurídica de sustancia, es decir, *¿qué debe entenderse por sustancia?*

Para algunos autores de la escuela objetiva, la palabra sustancia debe entenderse en un sentido riguroso: es lo que hace que sin ella, una cosa se transforme en otra de distinto género. Esta es la opinión de Colmet De Santerre¹⁶, Aubry y Rau¹⁷ y Huc¹⁸.

¹⁶ Según Colmet de Santerre: “las cualidades constitutivas de la sustancia son aquéllas cuya ausencia desnaturaliza la cosa, la altera hasta el punto de que se convierte en otra cosa u otro ser distinto del que debía ser objeto de la convención.” (COLMET DE SANTERRE: *Cours Analytique du Code Civil*. Tome V. París, 1.873. p. 15).

¹⁷ Para Aubry y Rau: “por sustancia de la cosa debe entenderse, no solamente los elementos materiales que la componen, sino hasta las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y la distingue, según las nociones comunes, de cosas de cualquier otra especie” (AUBRY, C. y RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*. Tome IV. Sixième édition. París, 1907. § 343 bis. p. 433).

¹⁸ En criterio de Huc, la sustancia es: “lo que permite dar a una cosa el nombre sustantivo que la distingue; la constituyen, por consiguiente, los atributos sin los cuales la cosa, objeto del

Según otros partidarios de la concepción objetiva, sustancia significa cualidad sustancial inherente al objeto y que permite distinguir una cosa de otra.

A la concepción objetiva se le critica el que no toma en cuenta para nada la cualidad que las partes han tenido como sustancial o esencial y que las impulsó a contratar.

De acuerdo con la concepción subjetiva de sustancia, el juez para resolver si una cualidad ha sido o no sustancial para los contratantes debe hacerse esta pregunta: ¿hubieran las partes contratado de no tener la cosa tal cualidad? Si la respuesta es negativa, la cualidad debe reputarse sustancial; de lo contrario, es simplemente secundaria o accesorial. De donde resulta que la sustancia es la cualidad que en cada caso particular las partes han tomado en cuenta como sustancial¹⁹. En la misma dirección se orientó un sector de la jurisprudencia francesa²⁰.

La doctrina y la jurisprudencia francesa más moderna se orientó por admitir la concepción subjetiva en los casos en que las dos partes contratantes han tenido en cuenta ciertas cualidades de los elementos esenciales del contrato, siempre y cuando las mismas se hayan incorporado al contenido del contrato y se compruebe que una de las partes haya sido víctima de un error sobre dichas cualidades²¹.

Ahora bien, para evitar la ambigüedad a que se presta la utilización del término sustancia, los redactores de la reforma del Código Civil francés prefirieron referirse al error que verse “sobre las cualidades esenciales de la prestación” (artículo 1.132). Luego, en la primera parte del artículo 1.133, se establece que “las cualidades esenciales de la

contrato, sería clasificada en otra categoría de sustantivos” (HUC, T: *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*. Tome VII. Paris, 1892/1903. p. 35).

¹⁹ Al respecto, véase: BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: “Des Obligations”. Tome Premier en *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. Paris, 1.900. Tome XI. p.p. 77-80.

²⁰ Al respecto, véase: CELICE, Raymond: *El Error en los Contratos*. Traducción castellana de César Camargo y Marín. Editorial Góngora. Madrid s.d. p.p. 94 y ss. y la jurisprudencia francesa allí citada.

²¹ Al respecto, véase: GHESTIN, Jacques: *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*. L.G.D.J. Paris, 1963. p. 178; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p. 222 y la jurisprudencia francesa allí citada; WEILL, Alex: *Droit Civil op. cit.*, p.p. 186-187.

prestación son aquellas que han sido expresa o tácitamente convenidas y en consideración a las cuales las partes han contratado”.

De ahí que no cualquier error sobre las características de la prestación en que haya incurrido alguno de los contratantes produzca la anulabilidad del contrato. La ley toma en cuenta no solo el interés de la víctima del error, sino también el interés de su co-contratante de manera que este último no resulte sorprendido por la anulación del contrato. De ahí la exigencia legal: el error *in substantia* produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad que haya sido expresa o tácitamente considerada como esencial por las partes al tiempo del contrato. Se requiere, por tanto, que el co-contratante de la víctima del error haya podido conocer que esta última consideraba dicha cualidad como esencial.

Esta disposición tiene como propósito evitar que uno de los contratantes pueda desligarse del contrato por su propia voluntad pretendiendo *a posteriori* haber considerado como esencial una cualidad de la prestación al momento del contrato. Es necesario, de acuerdo con el nuevo artículo 1.133, que las partes hayan convenido expresa o tácitamente en el carácter esencial de una cualidad de la prestación, pudiendo deducirse este carácter de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato. La exigencia de un acuerdo de voluntades, al menos implícito, respecto del carácter esencial de la cualidad de la prestación, permite circunscribir el error sobre la prestación jurídicamente relevante y objetivar su delimitación²².

Literalmente, el artículo 1.133 solo le da relevancia al error sobre una cualidad esencial de la prestación cuando concurren dos condiciones: 1) que dicha cualidad esencial haya sido expresa o tácitamente convenida como tal por los contratantes; y 2) que ambas partes hayan contratado en consideración a esta cualidad.

Por consiguiente, ateniéndonos a la letra de la ley, si una sola de las partes contrató en consideración a una cualidad que ella consideró como esencial, no obstante haber sido conocida esta circunstancia por la otra parte, no podrá la primera pedir la nulidad del contrato. Esto, a nuestro modo de ver, restringe demasiado el campo de aplicación de la

²² Cfr. CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias: *op. cit.*, p. 249.

prescripción legal. Si el fundamento de la exigencia de que la cualidad esencial sea convenida por ambas partes es la protección del interés del co-contratante de la víctima del error, que no puede quedar expuesto a la invocación *ex post facto* de una supuesta cualidad esencial de la prestación acerca de la cual no había sido advertido con anterioridad, el conocimiento del carácter esencial de una cualidad convenida debe, al menos en principio, ser suficiente para dar lugar a la anulación del contrato. Corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia francesa pronunciarse sobre la materia.

Por otra parte, tomando en consideración que es posible que un contratante se equivoque no solo respecto de las cualidades de la contraprestación que haya de recibir, sino que también puede hacerlo respecto de las cualidades que correspondan a su propia prestación, el artículo 1.133 prescribe que el error sobre las cualidades esenciales de la prestación puede versar sobre las características de la prestación de cualquiera de las partes. Esto es, el error puede recaer tanto sobre la prestación que una de las partes reciba, como también sobre la que le corresponda cumplir en razón del contrato. La jurisprudencia de los tribunales franceses ya admitía esta posibilidad antes de la entrada en vigor de la reforma²³.

Por último, el artículo 1.133 (tercera parte) consagra el adagio “el álea excluye el error”. De ahí que si las partes contrataron conscientes de la incertidumbre acerca de las cualidades de la cosa como, por ejemplo, su autenticidad, su composición o, en general, su aptitud para servirse de ella conforme a sus necesidades, no podrán pretender después, una vez despejada dicha incertidumbre, haber cometido un error al tiempo del contrato. La teoría del error no puede invocarse para aliviar el revés producido por la mala fortuna, cuando esta eventualidad ya había sido considerada por los contratantes al momento de celebrar el contrato.

3) Error sobre las cualidades esenciales del co-contratante

El error no solo puede referirse a las cualidades de la prestación. Puede igualmente recaer sobre las cualidades esenciales del co-contratante.

²³ *Ibidem*, p. 250, especialmente, la nota 3 y la jurisprudencia francesa allí citada.

El error en la persona es pues otra clase de error de hecho susceptible de invalidar el consentimiento.

Ahora bien, la reforma del Código Civil francés consagra en esta materia una modificación importante: el artículo 1.134, al regular el error *in persona*, considera como tal aquel que recae sobre *las cualidades esenciales del co-contratante*. No se refiere al error *in persona* propiamente dicho, es decir, al que recae sobre *la identidad física de la persona*. En cambio, el artículo 1.110 del Código Napoleón, al referirse al error *in persona*, solo contemplaba como causal de nulidad del contrato el error sobre la persona del contratante, aunque la doctrina y la jurisprudencia muy pronto entendieron que esta disposición del *Code* consagraba la anulación del contrato no solo cuando el error recaía sobre la identidad física del contratante – supuesto este, por lo demás, de muy rara ocurrencia – sino también cuando versaba sobre las cualidades sustanciales que personalizan a alguno de los contratantes, esto es, sobre las cualidades de una de las partes que la otra consideró esenciales cuando consintió en la celebración del contrato²⁴.

Por consiguiente, en la actualidad, para que el error en la persona sea causa de anulación no es indispensable que recaiga sobre la persona física, basta que haya error acerca de una cualidad de la persona que se haya tenido principalmente en cuenta y que haya sido la causa determinante del contrato.

Al consagrar el error *in persona* como motivo de anulación del contrato, el legislador evidentemente que ha querido referirse tan sólo a aquellos contratos en los cuales la persona o las cualidades de los que contratan han sido fundamentales en el convenio y en el consentimiento prestado. De ahí resulta que el error sobre la persona puede invocarse

²⁴ En cambio, respecto del *matrimonio*, la jurisprudencia de los tribunales durante mucho tiempo se mostró bastante más rigurosa. Al interpretar el artículo 180 del Código Civil francés que solo mencionaba el error sobre la persona como motivo de anulación del matrimonio, los tribunales franceses consideraron durante mucho tiempo que el único error que viciaba el consentimiento matrimonial era el que redundaba en la identidad de la persona, esto es, cuando el matrimonio se convino con una persona diferente de aquella con la cual el contratante pretendió desposarse. Esta situación fue finalmente resuelta por el legislador el 11 de julio de 1975 cuando se agregó al texto del artículo 180 (segunda parte) del *Code* un párrafo según el cual el error sobre las cualidades esenciales de una persona es causa de nulidad del matrimonio.

únicamente en aquellos contratos en que la consideración de la persona constituye el motivo principal. Por tanto, no se admite el error *in persona* sino cuando el contrato se ha concluido *intuitu personae*, esto es, en atención a las cualidades especiales o condiciones personales de los contratantes (artículo 1.134). En los contratos *intuitu personae* la identidad de la persona o sus condiciones personales son determinantes de la prestación del consentimiento del otro o de los otros contratantes. Tales son los contratos a título gratuito, como las donaciones, en los cuales se atiende exclusivamente, o al menos principalmente, a la persona del beneficiario.

Pero el carácter *intuitu personae* puede también ser relevante en los contratos a título oneroso como, por ejemplo, cuando tienen por objeto un hecho positivo o negativo no fungible. Por ejemplo, en los contratos con un médico, con un afamado pintor o con un empleado calificado donde la consideración de la persona juega un papel esencial²⁵.

En nuestro concepto, en los contratos *intuitu personae* las cualidades personales del otro contratante siempre son determinantes del consentimiento; por lo cual, en estos contratos, es suficiente la prueba respecto del error sobre las cualidades personales del otro contratante. Al ser dichas cualidades personales, una circunstancia inherente a la esencia del contrato no se requiere probar que el error haya sido determinante de la voluntad contractual²⁶.

4) Error de derecho

El Código Napoleón al regular el error vicio no mencionaba expresamente al error de derecho. El artículo 1.110 del *Code* se refería simplemente al error y puesto que no distinguía entre el de hecho y el de derecho, la doctrina y la jurisprudencia francesas habían resuelto que los comprende a ambos²⁷. Por consiguiente ya antes de la reforma del

²⁵ La doctrina es conteste en relación con los conceptos expuestos en el texto. Al respecto, por todos, en la doctrina francesa, véase: GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p.p. 445-450.

²⁶ Al respecto, véase lo que expongo en mi libro *El Error El Dolo y la Violencia en la Formación de los Contratos* citado en la nota 15 *ut supra*, p. 69.

²⁷ Al respecto, por todos, véase: GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p.p. 416-419 y la jurisprudencia francesa allí citada; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p.p. 231-232, especialmente, la nota 1) y la jurisprudencia francesa allí citada.

Código Civil francés se admitía pacíficamente que el error de derecho podía servir como base para la impugnación del contrato cuando había sido esencial. Pero solamente se llegaba a esta conclusión sobre la base de una interpretación *a contrario sensu* del primer aparte del artículo 2.052 del *Code* según el cual la transacción no es anulable por error de derecho. En cambio, en la actualidad, el artículo 1.132 del Código Civil francés admite claramente como fundamento para pedir la anulación del contrato tanto el error de hecho como el error de derecho, con lo cual queda cerrada toda discusión al respecto²⁸.

Conviene tener en cuenta que el principio según el cual la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento que a veces se ha invocado para rechazar la relevancia del error de derecho en algunos ordenamientos que, como el Código Civil francés de 1804, no la admiten expresamente, no excluye que por error de derecho puedan invalidarse actos jurídicos, que no se habrían formado de no haber medido esta clase de error.

Esta regla significa simplemente que no es posible pretender evadir la aplicación de una ley o escaparse a sus consecuencias con el pretexto de que se la ignora. Pero quien invoca un error de derecho para anular un acto jurídico no pretende suspender la eficacia obligatoria de una ley sino demostrar que falta un presupuesto que la propia ley exige para la celebración del acto. Por consiguiente, siempre que un error de derecho llene los requisitos legales para que sea jurídicamente relevante, no hay ninguna razón para no tomarlo en consideración²⁹.

Además, con mucha frecuencia el error de derecho se invoca por un contratante que creía erróneamente estar obligado a contratar en virtud de la ley. La víctima del error de derecho, por tanto, no pretende

²⁸ El artículo 1.147 del Código Civil venezolano también consagra expresamente que el error de derecho puede invocarse para pedir la anulación del contrato cuando ha sido esencial.

²⁹ Cfr. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.*, Tomo VI. p. 246; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo III. Traducción castellana por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1960. p.p. 607-608; JOSSERAND, Louis: *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I (Teoría General de las Obligaciones). Traducción castellana de Santiago Cunchillos y Manterola. Bosch y Cia Editores. Buenos Aires, 1950. p. 60; LAURENT, F.: *Principios de Derecho Civil*. Traducción castellana. Tomo XV. Habana, 1.917. p.p. 630-632; DE PAGE, Henri: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Tome I. (Introduction) Bruylant. Bruxelles, 1.948. p. 49.

eludir la aplicación de la ley puesto que dicha ley, sencillamente, no le era aplicable. Por ejemplo, cuando un propietario le vende un bien a su arrendatario bajo la creencia de que este tenía un derecho preferente para adquirirlo cuando, en el caso concreto, no le asistía al inquilino ningún derecho de preferencia.

5) Error excusable

De acuerdo con el nuevo artículo 1.132 del Código Civil francés “el error de hecho o de derecho, a menos que sea inexcusable, es una causa de nulidad del contrato cuando recae sobre las cualidades esenciales de la prestación debida o sobre las del co-contratante”.

Según esta disposición, para que el error pueda invalidar el consentimiento y producir la anulación del contrato tiene que ser excusable. La excusabilidad del error es pues una condición indispensable para la anulación.

La excusabilidad del error no era un requisito exigido por el *Código Napoleón*. Pero la doctrina y la jurisprudencia francesa y belga ya defendían esta exigencia con fundamento en los principios que gobiernan la responsabilidad civil extracontractual.

Además, en ausencia de una previsión legal que consagrara expresamente este requisito, para fundamentar la necesidad de la excusabilidad del error, en la doctrina francesa se señalaba que el contratante tiene que tomar las precauciones más elementales e informarse acerca de las características del contrato que se propone celebrar. Al no haber cumplido con este deber de informarse, el error es culposo y, por ende, inexcusable. Su falta de diligencia se sanciona impidiéndole pedir la nulidad del contrato (*De non vigilantibus non curat praetor*). Dicho en términos más coloquiales: el derecho no protege a los imbéciles³⁰.

³⁰ Cfr. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.*, p. 249, especialmente, la nota 41. Según un sector de la doctrina francesa, el error inexcusable es un error burdo, es decir, uno en que se incurre por culpa grave o dolo. MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *Leçons de Droit Civil*. Tome II. Premier Volume. (Obligations. Théorie Générale). Montchrestien. Paris, 1998. pp. 173-174; GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p. 432. Según otros autores, no hay que confundir falta grave y error inexcusable. Y de acuerdo con la jurisprudencia francesa el error inexcusable no es más que un error culposo.

Ahora bien, el carácter inexcusable del error debe apreciarse *in concreto*. Ciertamente, este criterio de la apreciación *in concreto* del carácter excusable del error no lo establece expresamente el Código Civil francés el cual, como indicamos poco antes, solo se refiere a la apreciación *in concreto* del carácter determinante del error (artículo 1.130, segunda parte). Sin embargo, a nuestro modo de ver, no tiene mayor sentido que el carácter determinante del error deba apreciarse *in concreto* y que su carácter excusable deba apreciarse *in abstracto*. Ambas características del error deben ser objeto de un mismo criterio de apreciación. Por consiguiente, para determinar la excusabilidad del error hay que tomar en consideración, entre otros factores, la edad, la experiencia, la profesión y demás circunstancias propias de la víctima del error.

Cabe hacer notar que ya antes de la reforma, los tribunales franceses eran más propensos a calificar como inexcusable el error cometido por un profesional en el ramo de actividad en el cual se desempeña y no aquél en que incurre un mero profano³¹. Se espera pues de un profesional y de un contratante experimentado un cuidado particular a la hora de contratar, por lo que se les exige un mayor grado de atención y diligencia. De la misma manera, lo que puede ser un error, por ejemplo, para un comprador inexperto en objetos de arte, no lo será, por ejemplo, para un buen coleccionista.

En fin, el nuevo artículo 1.132 requiere que el error de hecho o de derecho, para dar lugar a la anulación del contrato, sea excusable. Y el carácter excusable del error debe apreciarse *in concreto*, es decir, tomando en consideración las condiciones personales del *errans*, incluyendo su edad, aptitudes intelectuales, grado de experiencia y educación, su condición de profesional o perito y demás circunstancias³².

Al respecto véase: GHESTIN, Jacques: *loc. cit.*, especialmente, la nota 217 y la jurisprudencia francesa allí citada.

³¹ Al respecto, véase: TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p.p. 230-231, especialmente, las notas 1 y 2 y la jurisprudencia francesa allí citada.

³² *Cfr.* GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p. 432, especialmente, la nota 219 y la jurisprudencia francesa allí citada; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p. 230.

6) Error sobre los motivos

Como es bien sabido, el error que recae sobre las razones personales o motivos en sí ajenos al contrato, que inducen a su celebración, es en principio irrelevante como, por ejemplo, cuando compro un fundo porque creo haber sido nombrado para desempeñar un cargo en la localidad donde dicho fundo se encuentra, o cuando compro una cosa con el fin de obtener un beneficio importante, o cuando celebro un contrato de publicidad dando por seguro numerosos pedidos por parte de los anunciantes. El contrato celebrado en estas condiciones es válido aunque no haya sido nombrado para la posición esperada como erróneamente creía, o aunque el negocio me reporte luego pérdidas, o no obtenga los pedidos de los anunciantes con los cuales contaba.

En tal sentido la doctrina francesa moderna al examinar la relevancia del error como vicio del consentimiento susceptible de determinar la nulidad del contrato, conforme a las disposiciones del Código Napoleón, consideró que el error sobre los motivos, esto es, el que versa sobre una circunstancia externa que no incide sobre las cualidades sustanciales del objeto del contrato o de la persona, no afecta la validez del contrato. En caso contrario, estaremos en presencia de un error *in substantia o in persona* que sí producirá la anulación. Por ejemplo, si una persona compra un automóvil actuando en la creencia de obtener próximamente un empleo que lo requiera y descubre poco después que el mismo presenta un defecto que impide que pueda circular, el comprador podrá entonces pedir la nulidad del contrato por error *in substantia*. En cambio, supongamos que el automóvil sea apto para la circulación, pero que el comprador, por un motivo u otro, no sea nombrado para el cargo que esperaba, entonces existirá un error sobre los motivos, esto es, sobre una circunstancia extrínseca que será irrelevante y, por ende no afectará la validez del contrato³³. Se trata de un error que no recae sobre un elemento intrínseco al contrato sino sobre una circunstancia extrínseca y, por tanto, es irrelevante. No reviste carácter esencial

³³ Al respecto, véase: TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p.p. 228-229; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *Droit Civil. Les Obligations. L'acte juridique*. Dalloz. París, 2006. p.p. 157-158.

aunque sea, en el caso concreto, determinante de la voluntad del sujeto que padeció el error³⁴.

Además, los motivos que impulsan a un individuo a celebrar un contrato son exteriores a ese contrato; solamente los conoce él y no habría ninguna seguridad en el comercio jurídico si se pudieran anular los contratos celebrados so pretexto de los falsos motivos que determinaron su celebración³⁵.

Haciéndose eco de esta orientación doctrinaria y jurisprudencial, los redactores de la reforma consagraron legislativamente este principio. El error sobre un simple motivo ajeno a las cualidades esenciales de la prestación o del co-contratante, dice el nuevo artículo 1.135, no es una causa de nulidad del contrato.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia francesas consideraron igualmente bajo la vigencia del *Code*, que cuando los motivos personales de uno de los contratantes fueron considerados esenciales por las partes incorporándose al contenido del contrato, el error sobre

³⁴ Cfr. URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *op. cit.*, p.p. 110-112.

³⁵ La jurisprudencia francesa registra algunos casos interesantes. Un sujeto compró cierto número de acciones antiguas de una sociedad, y el mismo día, por intermedio del mismo corredor de valores, había vendido igual número de acciones a emitirse por la misma sociedad. Pero la emisión fue anulada y dicho individuo se vio en la imposibilidad de entregar los títulos y en consecuencia de disponer del precio. Trató entonces de dejar sin efecto la compra de las acciones antiguas, invocando que una de las operaciones era causa de la otra y que la nulidad de la última debía acarrear la nulidad de la primera. La demanda fue desestimada por la Audiencia de Lyon que resolvió que se trataba de dos operaciones distintas e independientes. Ciertamente, el demandante no había comprado las acciones antiguas sino porque esperaba vender las nuevas; pero aun así, no basta que el error sea determinante para producir la anulación, sino que se requiere además que recaiga sobre un elemento que esté en los dominios del contrato y, en criterio del Tribunal, era evidente que en el caso concreto cada uno de los contratos celebrados por el demandante tenía su existencia propia y que ninguna de ellos era un elemento del otro. En otro caso, la Corte de Casación francesa declaró que una mujer casada no podía abstenerse de efectuar una donación hecha con el concurso de su marido, bajo el pretexto de que ella no hubiera consentido en la donación sino en el caso de que las sumas donadas serían a cargo de la comunidad conyugal, cuando en realidad habrían de provenir de los bienes propios de cada cónyuge. Este error sólo había recaído sobre un motivo al que el otro contratante, el donatario, había permanecido extraño. Al respecto, véase: CELICE, Raymond: *op. cit.*, p.p. 147-148 y las decisiones de los tribunales franceses allí reseñadas. Igualmente, los tribunales franceses han declarado que “las ventajas previstas... no pueden ser consideradas como una cualidad sustancial de la cosa.” Al respecto, véase: MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.*, (Tome II. Premier Volume). p. 164, especialmente, la nota 1 y la jurisprudencia francesa allí citada.

los simples motivos personales que determinaron el consentimiento, sí podía invocarse para pedir la anulación del contrato³⁶. En tal caso, la Corte de Casación francesa sostuvo que las partes habían esencializado mediante una disposición expresa incluida en el contrato, un simple motivo convirtiéndolo de esta manera en elemento determinante de la voluntad contractual.

Siguiendo esta orientación, se incluyó igualmente en la reforma una disposición de acuerdo con la cual el error sobre los motivos personales de una de las partes solo puede invocarse para obtener la anulación del contrato cuando dichos motivos hayan sido incluidos expresamente en el contrato como un elemento determinante de la declaración de voluntad (artículo 1.135).

Por consiguiente, para que los simples motivos personales de una de las partes puedan ser tomados en consideración es necesario que entren a formar parte del contenido del contrato. No basta con que el contratante tenga conocimiento del fin perseguido por la víctima del error. Se requiere, además, que el móvil haya sido considerado de modo explícito por las partes como elemento esencial del contrato y que se incorpore al contenido del contrato. Si los motivos se mantuvieron ocultos, aun cuando tuvieron una importancia subjetiva para el declarante, no pueden tomarse en consideración porque la otra parte no tenía la posibilidad de conocerlos y no han entrado a formar parte del contrato como un elemento esencial, aunque sean determinantes del consentimiento de la víctima. El error que recae sobre estos motivos es irrelevante y, por tanto, no es susceptible de producir la anulación del contrato.

Por último, en el nuevo artículo 1.135 (segunda parte) se incluye una disposición de acuerdo con la cual “el error sobre el motivo de una liberalidad sin el cual el disponente no la habría efectuado, es una causa de nulidad”. Por consiguiente, tratándose de un contrato gratuito, el error sobre los motivos que impulsaron al contratante a efectuar la liberalidad produce la nulidad relativa de la misma, aunque dichos motivos no entren a formar parte, explícita o implícitamente, del contenido del

³⁶ Cfr: MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.*, p. 248; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p.p. 228-230; WEILL, Alex: *op. cit.*, p.p. 186-187; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.*, p. 159, especialmente, la nota 8 y la jurisprudencia francesa allí citada.

contrato. Por supuesto, este error tiene que ser esencial, es decir, determinante del consentimiento.

7) Error sobre el valor

El error sobre el valor consiste en atribuirle a la cosa un precio distinto del que le corresponde.

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia francesas se habían negado a admitir que el error sobre el valor pueda producir la anulación del contrato por las siguientes razones: 1) de admitirse la anulación en estos casos se daría cabida a la rescisión por lesión de manera general y fuera de los casos expresamente previstos en la ley; 2) sería peligroso para la seguridad de las transacciones tener en cuenta el error sobre el valor porque en la casi totalidad de los contratos existe alguna desigualdad entre las prestaciones de las partes; y 3) el error sobre el valor es muchas veces difícil de probar y de apreciar, pues un objeto no tiene siempre a los ojos de todos el mismo valor, y puede tener para algunos un valor especial³⁷.

Los redactores de la reforma del *Code* recogieron el principio general de la irrelevancia del error sobre el valor de la cosa o de la prestación en el artículo 1.136. Por tanto, cuando una de las partes o ambas le atribuyen a la cosa objeto del contrato un precio distinto del que efectivamente tiene, no puede, al menos en principio, invocarse este error para invalidar el consentimiento y obtener la nulidad del contrato.

Ahora bien, muchas veces el error sobre el valor se presenta como una consecuencia del error acerca de las cualidades esenciales de la cosa como, por ejemplo, cuando adquiero un cuadro por un precio muy elevado porque lo atribuyo a un pintor afamado y luego descubro que es de un pintor mediocre. En tal caso la doctrina y la jurisprudencia

³⁷ Al respecto, véase: BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *op. cit.*, Tome XI. p. 103; CELICE, Raymond: *op. cit.*, p.p. 151-152; VÉRY, Michel: *De l'erreur dans les contrats*. Toulouse, 1912. p.p. 63-67; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.*, Tomo VI. p.p. 254-255; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *op. cit.*, Tomo III. p.p. 616-617; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.*, p. 156 y la jurisprudencia francesa citada por estos autores; MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.*, (Tome II. Premier Volume). p.p. 163-164.

francesa modernas admitían que el adquirente podía impugnar la adquisición por error *in substantia*. Siguiendo esta orientación, la reforma del Código Civil francés, después de consagrar el principio general de la irrelevancia del error sobre el valor de la cosa, permite, sin embargo, obtener la nulidad del contrato cuando el error sobre el valor es consecuencia de un error sobre una cualidad sustancial de la cosa.

Dicho en otros términos, el error sobre el valor es irrelevante cuando se refiere al valor de una cosa en sí mismo considerado, independientemente de una cualidad que no falta como, por ejemplo, cuando yo compré un mueble antiguo creyendo que valía tanto como yo había pagado por él; y luego advierto que vale mucho menos. En este caso el error recae no sobre la cualidad de la cosa, sino sobre la conveniencia económica del contrato. No podré, por tanto, impugnar la adquisición por error³⁸. Pero cuando el error sobre el valor es consecuencia de un error sobre una cualidad sustancial de la cosa o sobre un elemento fundamental del contrato, tal error entonces sí es relevante.

Por último, cabe hacer notar que si bien el error acerca del valor de la cosa no puede englobarse en la hipótesis prevista en el artículo 1.132 del Código Civil francés por no ser esencial; puede, no obstante, ser relevante a los fines de la anulación del contrato por dolo (artículo 1.139) (*infra*, N° III, 5).

III EL DOLO

1) Introducción

El segundo de los vicios del consentimiento regulado en el Código Civil es el dolo.

Como indicamos poco antes, el Código Napoleón, inmediatamente después de regular el error, se refería a la violencia y, por último, incluía las disposiciones aplicables al dolo. Esto, como también se dijo atrás, le restaba coherencia al sistema. En efecto, el dolo no es propiamente un vicio del consentimiento, sino la causa del vicio. El objeto del dolo es engañar, provocar un error en el contratante. El dolo ha de producir

³⁸ Cfr: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *op. cit.*, p. 114.

un error puesto que si no lo produjera no sería un vicio de la voluntad. El dolo no es más que un engaño, un error que no es espontáneo sino provocado por la conducta intencional del agente³⁹. Quien sufre el dolo se equivoca por la maniobra empleada tendiente a producir engaño. Es, por tanto, el error provocado lo que vicia el consentimiento y no el dolo como tal.

El nuevo artículo 1.139 del Código Civil francés con mayor acierto prescribe que *el error que resulta del dolo* es siempre excusable y que *es este error lo que constituye una causa de nulidad*. Dicho en otros términos, si los artículos 1.132 a 1.136 del Código Civil regulan el error espontáneo, los artículos 1.137 a 1.139 que le siguen se refieren al error provocado. De ahí que, desde el punto de vista lógico, sea más coherente regular el dolo inmediatamente después del error, tal y como lo hace la reforma. Además, el Código Civil francés sigue ahora un orden progresivo en el examen de los vicios del consentimiento regulándolos en atención a su gravedad: primero los menos graves y luego los más graves.

En la reforma del Código Civil francés se introdujeron algunas modificaciones importantes en lo concerniente al elemento material del dolo, su clasificación, el agente del dolo y sus efectos.

Pasamos a referirnos brevemente a cada uno de estos aspectos.

2) Elemento material

De acuerdo con el artículo 1.137 del Código Civil francés reformado, el dolo resulta de la conducta de un contratante dirigida a obtener el consentimiento del otro por medio de *maniobras o engaños*.

Esta definición del dolo constituye un paso de avance respecto de la noción que contenía el artículo 1.116 del Código Napoleón que conceptualizaba al dolo solo como “maniobras”, lo que daba a entender que el dolo tenía que consistir en actos materiales exteriores, es decir, en una conducta positiva del agente, sin tener en cuenta que el dolo

³⁹ En la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *op. cit.*, p. 177; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.*, Tomo II. p.p. 645-646. URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *op. cit.*, p. 226.

no solo puede consistir en actuaciones positivas de una persona, sino también en actuaciones negativas que no se exteriorizan como, por ejemplo, guardar silencio o una simple abstención (no hacer) por parte de un sujeto de derecho. Desde luego, muy pronto la jurisprudencia francesa se encargó de interpretar extensivamente este término para concluir que cualquier otra conducta engañosa aunque no se tradujera en un acto exterior podía constituir un engaño susceptible de invalidar el consentimiento⁴⁰.

En fin, los redactores de la reforma del Código Civil francés con gran acierto se cuidaron de configurar el elemento material del dolo de manera tal de incluir no solo las maquinaciones o maniobras provenientes de uno de los contratantes, sino también los engaños o las simples actuaciones negativas, incluso el silencio que guarde una persona.

Pero adicionalmente el primer aparte del nuevo artículo 1.137 regula la llamada *reticencia dolosa* cuando prescribe que constituye un supuesto de conducta dolosa la ocultación intencional o retención por parte de uno de los contratantes de una información acerca de cuyo carácter determinante para la otra parte, estuviere en conocimiento la parte reticente. Esta disposición tiene que correlacionarse con el deber de información en la etapa de la formación del contrato que consagra ahora el artículo 1.112-1 del Código Civil francés según el cual la parte que conozca una información cuya importancia sea determinante para el consentimiento de la otra parte debe suministrarle dicha información, cuando esta última la ignore legítimamente o actúe basada en la confianza que le inspire su co-contratante.

El dolo por reticencia se admite cuando exista, por la razón que sea, un *deber de informar*. Cuando haya una obligación de información, sea en virtud de la ley, o por las exigencias de la buena fe, o de los usos del tráfico, el simple silencio (intencional) puede constituir una conducta dolosa⁴¹.

De acuerdo con el artículo 1.137 del Código Civil francés para que la reticencia configure una conducta dolosa se requiere una conducta

⁴⁰ Al respecto, véase: GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p. 471; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.*, p. 164, especialmente, la nota 5 y la jurisprudencia de los tribunales franceses allí citada.

⁴¹ *Cf.*: FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.*, p.p. 165-166.

omisiva intencional por parte del agente (*animus decipiendi*). Lo que caracteriza a la reticencia dolosa es que la parte reticente conozca la información y su importancia determinante para la otra parte y proceda con el ánimo de incitar a su co-contratante a celebrar un contrato en contra de su interés.

La reticencia dolosa exige pues la concurrencia de dos requisitos para su configuración, a saber: un elemento psicológico (conocimiento de la información y de su importancia para la otra parte) y un elemento intencional (intención de incitar a la otra parte a celebrar un contrato en contra de su interés)⁴². De donde resulta que la simple inexecución de una obligación de información, sin mala fe, no puede producir la anulación del contrato, aun cuando según las circunstancias pueda servir de fundamento para una acción por daños y perjuicios de la víctima contra la parte reticente⁴³.

Además, para que se configure la reticencia dolosa es necesario que la misma haya tenido una influencia determinante en el consentimiento del otro contratante y que éste no hubiere conocido ni hubiere tenido la posibilidad de conocer por otros medios la circunstancia silenciada⁴⁴, puesto que no hay razón para informar sobre lo que cada quien pueda saber fácilmente.

Por consiguiente, la reticencia dolosa resultará de la inexecución intencional de un deber de informar sobre determinadas circunstancias que, de haber sido conocidas por la otra parte contratante, le hubiesen hecho desistir de celebrar el contrato, o celebrarlo en condiciones sustancialmente más beneficiosas.

Por último, cabe hacer notar que en la novísima Ley 2018-287, de fecha 20 de abril de 2018, mediante la cual el Parlamento francés ratificó la Ordenanza sobre la reforma del derecho de los contratos, del

⁴² FABRE-MAGNAN, M.: *De l'obligation d'information dans les contrats*, (Essai d'une théorie). París, 1992. p. 292.

⁴³ Cfr. FABRE-MAGNAN, M.: *loc. cit.*, p. 298; LARROUMET, Christian: *Teoría General del Contrato*. Vol. I. Traducción castellana de Jorge Guerrero R. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1999. p.p. 270 y 284, especialmente, la nota 194 y la jurisprudencia francesa allí citada.

⁴⁴ En la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *op. cit.*, p. 181; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.*, Tomo II. p. 646; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *op. cit.*, p. 168.

régimen general y de la prueba de las obligaciones, se estableció que no constituye un supuesto de *reticencia dolosa* el silencio que guarde uno de los contratantes sobre el valor de la prestación de la otra.

3) Dolo causante y dolo incidental

De acuerdo con el artículo 1.116 del Código Napoleón “el dolo es causa de anulabilidad del contrato cuando las maniobras practicadas por uno de los contratantes han sido tales que evidentemente sin ellas el otro no hubiera contratado⁴⁵.”

Esta disposición llevó a los comentaristas del *Code* a mantener la distinción, ya recogida en el Digesto, entre *dolo causante* y *dolo incidental*. El dolo es causante, principal o esencial cuando sin el engaño no se hubiera contratado de ninguna manera. Por el contrario, el dolo es incidental cuando a pesar del engaño el contrato se hubiese celebrado igualmente, pero en mejores condiciones⁴⁶.

En fin, para que el dolo constituya un vicio del consentimiento de acuerdo con el *Code* y permita la anulación del contrato, es necesario que haya sido la causa del contrato (*dolo causante*), es decir, que haya sido determinante de la emisión de la declaración de voluntad, la cual de no haber mediado el dolo no se habría producido⁴⁷. De manera que si el dolo sólo ha tenido por efecto obtener mejores condiciones o recae sobre condiciones accesorias (*dolo incidental*) el contrato no es anulable.

Ahora bien, aun cuando el dolo incidental no permite la anulación del contrato, da lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios si los hubo⁴⁸. El dolo incidental sólo obliga al agente a indemnizar los daños

⁴⁵ En el mismo sentido, el artículo 1.154 del Código Civil venezolano establece que: “El dolo es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado”. La diferencia entre esta disposición y su equivalente en el *Code* estriba en que el dolo proveniente de un tercero permite la anulación del contrato, siempre y cuando el co-contratante de la víctima del dolo haya tenido conocimiento del dolo empleado por un tercero.

⁴⁶ Cfr: AUBRY, C. y RAU, C.: *op. cit.*, § 343 bis. p. 442, especialmente, las notas 21 y 22; TAG-ELDINE, F.: *Le Dol Français et la Misrepresentation Anglaise*. Lyon, 1928. p. 137.

⁴⁷ Cfr: POTHIER, R. J.: “Traité des Obligations”. Tome I. en *Oeuvres* de Pothier. M. Siffrein. Paris, 1.821. N° 31. p. 102.

⁴⁸ Cfr: TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p. 243, especialmente, la nota 3; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe:

y perjuicios experimentados por la víctima, puesto que se trata de un hecho ilícito. La medida del daño indemnizable será la diferencia entre la situación creada por el contrato para la víctima del dolo y la más ventajosa que habría resultado para ella de no haber mediado el dolo.

La doctrina francesa rápidamente reaccionó contra esta distinción considerando que la misma era totalmente artificial y se pronunció por su eliminación: Por una parte, en realidad, es difícil distinguir entre la voluntad de contratar, en sí misma considerada, y la voluntad de contratar en determinadas condiciones. El llamado dolo incidental es también determinante ya que, sin él, el contrato no se habría celebrado en las mismas condiciones⁴⁹. Pero adicionalmente las partes al consentir lo hacen sobre la totalidad del contrato. El contrato, se afirma, es querido por los contratantes como un todo⁵⁰. Por lo cual, siempre que exista un engaño que induzca a la celebración del contrato y determine el consentimiento habrá dolo, independientemente de que tal engaño recaiga sobre la intención de celebrar el contrato o sobre la de consentir en celebrarlo en determinadas condiciones.

Los redactores de la reforma tuvieron muy en cuenta estas críticas y optaron por rechazar la distinción entre dolo causante y dolo incidental. En este sentido, se establece ahora en el artículo 1.130 que el dolo es determinante tanto cuando sin él la víctima no hubiese contratado, como cuando lo hubiese hecho bajo condiciones sustancialmente diferentes. En ambos casos, el error que resulta del dolo produce la anulabilidad del contrato.

Ciertamente, como se ha afirmado, entre los intersticios dejados por la prescripción legal es posible que sobreviva la distinción entre dolo causante y dolo incidental⁵¹. En efecto, de acuerdo con el nuevo

op. cit., p. 253, especialmente, las notas 65 y 66 y la jurisprudencia francesa citada por estos autores.

⁴⁹ En la doctrina clásica francesa y belga, véase: PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.*, Tomo VI. p.p. 279-280; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *op. cit.*, Tomo III. p.p. 621-622; LAURENT, F.: *op. cit.*, Tomo XV. p. 652. En el mismo sentido, más recientemente, véase: WEILL, Alex: *op. cit.*, p. 198; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.*, p. 168.

⁵⁰ GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p.p. 486-487; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.*, p.p. 168-169; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.*, p. 253.

⁵¹ CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias: *op. cit.*, p.p. 264-265.

artículo 1.130, el dolo no vicia el consentimiento sino cuando sin él la víctima hubiese contratado bajo *condiciones sustancialmente diferentes*. *Quid iuris* si las condiciones no son sustancialmente diferentes? Aunque en esta eventualidad no podrá la víctima del dolo solicitar la nulidad, es posible que reclame los daños y perjuicios. Pero para hacerlo le bastará con demostrar que la culpa del agente del dolo al momento de la conclusión del contrato le causó un daño conforme a lo dispuesto en el artículo 1.240 del Código Civil, sin necesidad de recurrir a la noción de dolo incidental.

4) El agente del dolo

Según el nuevo artículo 1.137 del Código Civil francés, el dolo para que produzca la anulación del contrato debe provenir de la otra parte contratante. Por consiguiente, *como principio de carácter general*, no procede la anulación del contrato cuando el dolo emana de un tercero, ni siquiera cuando la conducta dolosa de este haya sido determinante del consentimiento de la víctima. Entre la necesidad de lograr una mayor estabilidad de los contratos con lo cual se protege la seguridad del tráfico jurídico y el imperativo de permitirle a la víctima desligarse de un contrato cuando su consentimiento fue sorprendido por el dolo procedente de un tercero, la reforma optó por preservar la seguridad de las transacciones.

Pero la circunstancia de que la víctima del engaño proveniente de un tercero no pueda pedir la nulidad del contrato por dolo no impide, sin embargo, que pueda hacerlo por error. De allí que cuando el dolo del tercero ha provocado un error jurídicamente relevante, en condiciones tales que la ley le permita a la víctima invocar dicho error para anular el contrato, ella podrá perfectamente hacerlo y obtener en el ámbito del error lo que no puede obtener por medio del dolo. La prohibición de la nulidad por dolo no excluye la nulidad por error.

Por tanto, si el error provocado por el tercero recae sobre las cualidades esenciales de la prestación o del co-contratante, aunque la víctima no pueda obtener la nulidad del contrato sobre la base del dolo, podrá hacerlo con fundamento en el error. Dicho en otros términos, solo en aquellos casos en los cuales el error sea irrelevante *ex* artículos 1.132, 1.135 y 1.136, se le impide a la víctima del dolo proveniente de

un tercero obtener la nulidad del contrato. En tal caso, el dolo de un tercero simplemente le dará derecho a la parte engañada a reclamarle al tercero los daños y perjuicios causados por su conducta desleal⁵². Se trata de una *acción de responsabilidad civil extracontractual* toda vez que el causante del dolo y la víctima no están vinculados por un contrato que obligue al primero con esta última.

Ahora bien, la regla según la cual el dolo proveniente de un tercero no permite obtener la anulación del contrato tiene dos *excepciones*.

En primer lugar, cuando el agente del dolo es un tercero que interviene en el contrato como un representante, gestor de negocios o dependiente del co-contratante de la víctima, la parte engañada puede ejercitar la acción de anulación. Asimismo, en un contrato a favor de tercero (*estipulación a favor de tercero*) cuando el tercero beneficiario sea el autor del dolo, deberá considerarse que su conducta dolosa procede de una de las partes contratantes (Código Civil, artículo 1.138, primera parte); por lo cual, en tal caso, el estipulante o el promitente pueden pedir la anulación del contrato, con todas las consecuencias que esto implica.

En segundo término, el dolo del tercero es también causa de anulación del contrato cuando este haya actuado “en connivencia” con el co-contratante de la parte engañada (Código Civil, artículo 1.138, segunda parte). Para que se configure la connivencia del tercero con el co-contratante y proceda la anulabilidad del contrato, creemos que basta con el simple conocimiento que tenga la contraparte de la víctima del engaño acerca de la conducta dolosa practicada por el tercero. En efecto, la deslealtad del contratante que conociendo las maniobras dolosas practicadas por un tercero, no advierte a su contraparte contractual acerca de esta situación es manifiesta y la hace culpable de una reticencia dolosa.

5) Los efectos del dolo

La reforma del Código Civil incluye una disposición que no contemplaba el *Code*: de acuerdo con el nuevo artículo 1.139, el error

⁵² La doctrina francesa es conteste al respecto. Por todos, véase: GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p. 480, especialmente, la nota 193 y la jurisprudencia francesa allí citada; LARROUMET, Christian: *op. cit.*, Vol. I. p. 266, especialmente, la nota 158.

provocado por el dolo es siempre excusable y produce la nulidad del contrato aun en el caso de que recaiga sobre el valor de la prestación o los simples motivos del contrato.

De acuerdo con esta disposición, no se requiere que el error provocado por dolo sea excusable. Esto se explica porque cuando hay dolo la parte cuya voluntad no está viciada es la que voluntaria y conscientemente provocó el vicio de la voluntad de la otra parte. La falta intencional del agente no puede compararse con la presunta negligencia de la víctima del dolo. Además, ésta puede legítimamente suponer que la otra parte actúa correctamente y de buena fe. Si no lo hace, deberá soportar las consecuencias de su comportamiento⁵³.

Por consiguiente, si uno de los contratantes, a sabiendas, le suministra a la otra parte datos erróneos sobre el objeto del contrato, debe sufrir las consecuencias que pueda acarrearle esta actuación y su contraparte contractual podrá impugnar el contrato por dolo. La actuación dolosa del agente que conscientemente suministró una información falsa releva a la parte engañada de cualquier carga de investigación⁵⁴.

Por otra parte, el error provocado por el dolo puede ser de cualquier clase. No es necesario que sea de aquellos que permiten invalidar el consentimiento por error⁵⁵. Solamente se requiere que el error dolosamente provocado sea determinante de la declaración de voluntad. Así, *el error en los motivos* puede traer consigo la anulación cuando haya sido provocado por dolo, cosa que no sería posible si dicho error hubiese sido producido por cualquier otra causa; lo mismo ocurriría si se tratase de un *error sobre el valor o sobre cualquier otra cualidad no esencial de la cosa*⁵⁶. Esto se explica porque, como ya dijimos, el error

⁵³ Cfr. SAVATIER, René: *Traité de la Responsabilité Civile*. Tome II. París, 1951. N° 483; GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p. 464. En el mismo sentido, en la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *op. cit.*, p. 178; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *op. cit.*, p. 190.

⁵⁴ Cfr. URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Vicios Redhibitorios y Saneamiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N° 73. Caracas, 2008. p. 77.

⁵⁵ Cfr. FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.*, p. 169.

⁵⁶ Cfr. AUBRY, C. y RAU, C.: *op. Cit.* § 343 p.p. 444-445; BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *op. Cit.* Vol. XI. p. 146; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.*, p. 278; GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p.p. 470-471; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.*, p. 252, especialmente, la nota 60 y la jurisprudencia francesa allí citada. Sin embargo, como se dijo atrás, en la novísima Ley 2018-287, de fecha

y el dolo son dos vicios del consentimiento que si bien se aproximan son distintos: en el error quien se equivoca lo hace espontáneamente; en el dolo, en cambio, la parte engañada incurre en un error que no es espontáneo sino resultado de las maquinaciones del autor del dolo. Por consiguiente, cuando en un contrato se enfrentan dos vicios diversos, aunque participen de la misma naturaleza, la solución legal también tiene que variar. De ahí que para producir la anulación del contrato el error provocado por el dolo puede ser de cualquier clase, tal y como se establece expresamente en el artículo 1.139 del Código Civil francés reformado.

IV. LA VIOLENCIA

1) Introducción

El nuevo Código Civil francés en los artículos 1.140 al 1.142 acoge la concepción clásica de la violencia como vicio del consentimiento que supone una coacción moral proveniente de una persona dirigida a obtener el consentimiento de otra para determinarle a celebrar un contrato (*violencia humana*). Luego, en el nuevo artículo 1.143 se establece que “hay *igualmente* violencia cuando una de las partes abusa del estado de dependencia en que se encuentre su co-contratante respecto de ella...”. Con el empleo del adverbio “igualmente” en esta disposición, se pone de manifiesto que la intención del legislador fue asimilar, en un texto específico, a un cuadro de violencia la situación que se presenta cuando una persona ha contratado no ya influida por la violencia ejercida por su contraparte contractual, sino por la situación de dependencia en que se encontraba al momento del contrato y de la cual su co-contratante se ha aprovechado injustificadamente para obtener una ventaja excesiva (*violencia contextual*). Desde luego, esta situación no la contemplaba el Código Napoleón, pero estaba admitida por un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia francesas (*infra*, N° IV, 3, a).

20 de abril de 2018, mediante la cual el Parlamento francés ratificó la Ordenanza sobre la reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones, se estableció que no constituye un supuesto de *reticencia dolosa* el silencio que guarde uno de los contratantes sobre el valor de la prestación de la otra.

A continuación nos referiremos brevemente a las principales modificaciones que introduce la reforma en la regulación de la violencia proveniente de una persona y luego a la llamada violencia contextual.

2) Violencia humana

a) Configuración

En el artículo 1.140 se establece que una persona contrata bajo el influjo de la violencia cuando lo hace presionada por una coacción que le produce el temor de exponer su persona o sus bienes, o la persona o los bienes de sus allegados, a un mal notable.

Esta disposición constituye un paso de avance respecto de la disposición contenida en el Código Napoleón (artículo 1.112), puesto que pone más claramente de relieve que la violencia no es por sí misma un vicio del consentimiento, sino *la causa del vicio* a semejanza de lo que ocurre con el dolo. Si el consentimiento de la víctima del dolo es provocado por el error, el de la víctima de la violencia es arrancado por el temor. El temor es, por tanto, para la violencia lo que el error es respecto del dolo. Y es este temor el que debe haber sido determinante del consentimiento para que el contrato sea anulable⁵⁷.

La violencia es pues de acuerdo con el nuevo artículo 1.140, una coacción moral ejercida por el co-contratante o por un tercero destinada a arrancar la voluntad contractual de un sujeto de derecho. Pero en realidad, como indicamos poco antes, la violencia no es una coacción sino una *amenaza*, tal y como se indica en el artículo 1.141. Desde luego, esto no quiere decir que si la amenaza ya se ha materializado, no pueda invocarse esta situación para obtener la anulación del contrato. Por ejemplo, si una persona amenazada ha sido golpeada, la víctima consentirá en la celebración del contrato por el temor de no verse golpeada de nuevo, por lo que la violencia se configura aun en este caso como una amenaza. Además, cuando la violencia se ejerce de manera continuada como, por ejemplo, en el caso de un secuestro, la amenaza de que la violencia física no cese es lo que conmina al sujeto a contratar. Por lo

⁵⁷ Al respecto, véase: CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias: *op. cit.*, p.p. 270-271.

que respecta al empleo directo de la fuerza para constreñir a una persona a contratar (*vis absoluta o vis physica*), como en el ejemplo clásico del sujeto a quien le llevan de la mano para obligarlo a firmar, esta situación excluye totalmente la voluntad. El consentimiento en tal caso ni siquiera existe y el acto es absolutamente nulo. Dicho en otras palabras, la violencia a que se contrae el artículo 1.140 es una violencia moral ejercida por medio de amenazas de cualquier naturaleza que inspiren en el contratante el justo temor de verse expuesto a un mal notable.

b) Ilegitimidad de la violencia

De acuerdo con el nuevo artículo 1.141 del Código Civil francés, “la amenaza consistente en ejercer una vía de derecho no constituye un supuesto de violencia, salvo que se desvíe la vía de derecho de su objetivo o que la misma sea ejercitada para obtener un provecho manifiestamente excesivo”.

La violencia, por tanto, debe ser *ilegítima*, es decir, contraria a derecho. El Código Napoleón no contenía ninguna referencia expresa al carácter ilegítimo de la violencia. Pero la doctrina y la jurisprudencia francesas pronto llenaron este vacío exigiendo, en primer lugar, que para que se configure un cuadro de violencia, la misma tenía que ser injusta, esto es, ejercerse por medio de un acto ilícito o bajo la amenaza de llevarlo a cabo; y, en segundo término, que cuando la amenaza consistiera en ejercer un derecho como, por ejemplo, intentar una acción judicial para persuadir a alguien a celebrar un contrato, la misma no revestía carácter injusto, salvo que mediara un abuso de derecho, lo que puede ocurrir cuando quien amenaza a otro ejerciendo un derecho, en su actuación se desvía del objeto para el cual se le ha reconocido ese derecho, o pretende obtener una ventaja o una prestación indebida, o que no guarde relación con el derecho con cuyo ejercicio se amenaza⁵⁸.

⁵⁸ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, 254; GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p. 501 y la jurisprudencia francesa allí citada; MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.*, (Tome II. Premier Volume). p.p. 192-193, especialmente, la notas 14 y 15; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.*, p. 174, especialmente, la nota 6; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.* p. 252, especialmente, la nota 79 y la jurisprudencia francesa citada por estos autores.

Siguiendo estos criterios doctrinarios y jurisprudenciales, el legislador francés consagró expresamente el principio según el cual la violencia no reviste carácter ilegítimo cuando la amenaza consiste en ejercer una vía de derecho. Pero en cualquier caso, es el *ejercicio regular de una vía de derecho* lo que de acuerdo con la prescripción legal no configura una situación de violencia por injustas amenazas. Pero, cuando no se trata simplemente de ejercer un derecho o una reclamación judicial sino de abusar de su ejercicio, esto es, cuando so pretexto de ejercitar un derecho o de intentar una acción judicial, el acreedor se aprovecha de las circunstancias para obtener más de lo que se le debe, o para arrancarle al deudor amenazado un convenio que le reporte al acreedor una prestación indebida, o para explotar o agravar su situación, entonces, las amenazas pueden llegar a ser injustas y servir de base para la nulidad del contrato. Por ejemplo, cuando el acreedor amenazando al deudor con la ejecución de su patrimonio consigue que éste convenga en pagarle intereses usurarios o que reconozca que le adeuda una cantidad mayor que la debida o que le dé en pago una cosa de valor muy superior al monto del crédito; o cuando una persona que sorprende *in fraganti* a otra cometiendo un delito se aprovecha de las circunstancias y amenazándolo con denunciarlo, consigue que le venda un inmueble de su propiedad que de otra forma no le habría vendido⁵⁹.

c) *Gravedad de la violencia*

Los redactores de la reforma mantuvieron la exigencia de la gravedad de la violencia que contenía el *Code*, pero con algunas modificaciones. La violencia debe ser tal, dice el nuevo artículo 1.140, que inspire en el contratante “el temor de exponer su persona o sus bienes, o la persona o los bienes de sus allegados, a un mal notable”.

La violencia, por tanto, debe ser grave. Por lo cual, las amenazas poco serias o de difícil realización son irrelevantes. La violencia sólo puede servir de base para la invalidación del contrato cuando la misma sea de entidad suficiente, seria, verdadera y grave. Solamente cuando

⁵⁹ Al respecto, véase: TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p. 248.

sea de tal magnitud, podrá la perspectiva de su realización viciar el consentimiento y dar pie a la nulidad del contrato⁶⁰.

En la reforma se eliminó la exigencia que contenía el *Code* de que el mal notable al que se veía expuesta la víctima debía ser *presente*, lo que constituye un acierto, puesto que no es el mal con el cual se amenaza el que debe ser presente, sino la amenaza.

Ciertamente, hoy como ayer, la amenaza (así como el temor que ella infunde) debe ser *presente*, esto es, existente al momento de la celebración del contrato. Pero, no se requiere, como erróneamente se indicaba en el *Code*, que *el mal* con el cual se amenace configure un peligro presente o inminente; *el mal puede ser futuro*⁶¹, esto es, más o menos próximo siempre que no pueda evitarse a tiempo. Sólo el peligro lejano o remoto está excluido de este concepto⁶². Esta es, desde luego, una cuestión de hecho que, en definitiva, queda sujeta a la prudente apreciación de los jueces de instancia sin que la determinación respectiva sea censurable en casación.

Asimismo, en la reforma se eliminó – por considerársela superflua – la disposición del *Code* según la cual el solo temor reverencial sin que se haya ejercido violencia no basta para anular el contrato (artículo 1.114), lo que parece razonable ya que la violencia como vicio del consentimiento requiere para su configuración que exista amenaza y temor. El solo temor reverencial, por tanto, no es suficiente si no media una amenaza concreta. De ahí que si el consentimiento para la celebración del contrato ha sido determinado solamente por el temor de no disgustar

⁶⁰ En la doctrina italiana, al referirse a la gravedad de la violencia, Trabucchi expresa: “La amenaza debe ser cierta y revestir, al menos, apariencia de seriedad. Por consiguiente, no hay vicio de la voluntad si la amenaza solamente existe en la imaginación de la víctima, o cuando la misma no sea hecha con una intención que sea seria, por lo menos, en apariencia. A la inversa, la amenaza con una pistola que no esté cargada produce todos sus efectos cuando la víctima ignore esta circunstancia.” (TRABUCCHI, Alberto: Voz “Violenza” (Diritto Civile) en *Nuovo Digesto Italiano*. T. XII. p. 2^a. Publicación de la Unione Tipografico-Editrice Torinese, bajo la dirección de Mariano D’Amelio. Turín, 1940. p. 1059).

⁶¹ Cfr. AUBRY, C. y RAU, C.: *op. cit.*, Tome IV. p. 438, especialmente, la nota 11; BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *op. cit.*, Vol. XI. p.p. 109-110; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *loc. cit.*, Tomo VI. p. 261; LAURENT, F.: *op. cit.*, Tomo XV. p. 638; DE PAGE, Henri: *op. cit.*, Tome I. p. 67; FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.*, p. 172.

⁶² Cfr. GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p. 498, especialmente, la nota 44 y la jurisprudencia francesa allí citada.

a la persona a quien se debe respeto y obediencia, no hay nada ilegítimo que afecte la validez del contrato. Pero, si a este temor reverencial se suman verdaderas violencias o amenazas injustas por parte del ascendiente, preceptor, superior, etc., el contrato puede ser anulado⁶³.

Por último, como indicamos poco antes, en la reforma se suprimió la disposición legal según la cual para apreciar la gravedad de la violencia, el juez debía analizar si el acto constitutivo de la violencia era capaz de impresionar y causar daño a una persona sensata, para lo cual debía atenderse a la edad, sexo y condición de la persona víctima de la violencia (Código Napoleón, artículo 1.112). Esta disposición del *Code* – que, según algunos, parecía contradictoria o incoherente – fue eliminada. En su lugar, se consagró una disposición general de acuerdo con la cual el carácter determinante de todos los vicios del consentimiento se aprecia en atención a las personas y a las circunstancias bajo las cuales se ha prestado el consentimiento (artículo 1.130). Por consiguiente, queda absolutamente claro ahora que para apreciar la gravedad de la violencia (al igual que para apreciar el carácter determinante del error y el dolo), debe seguirse un criterio de apreciación *in concreto*. De ahí que lo que hay que determinar es la influencia ejercida por la violencia sobre el ánimo del contratante que la experimentó. La gravedad de la violencia debe deducirse pues de las cualidades y condiciones particulares de la persona que fue su víctima⁶⁴.

d) Objeto de la violencia

Según el nuevo artículo 1.140, la violencia puede emplearse contra la persona o los bienes del sujeto contratante, o contra la persona

⁶³ Cfr. GAUDEMET, Eugene: *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción española de Pablo Macedo. Editorial Porrúa. México, 1974. p. 82.

⁶⁴ En la doctrina francesa la mayoría de los autores ya se inclinaban por el criterio de la apreciación *in concreto* de la violencia. Al respecto, véase: AUBRY, C. y RAU, C.: *op. cit.*, Tome IV. p. 440, especialmente, la nota 16; BAUDRY-LACANTINERIE, G y BARDE, L.: *loc. cit.*; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.*, Tomo VI. p.p. 262-263; JOSSERAND, Louis: *op. cit.*, p.p. 65-66; GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p. 497; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.*, p. 256. Es igualmente la orientación que siguen los tribunales franceses. Al respecto, véase: TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p. 254; GHESTIN, Jacques: *loc. cit.*, y la jurisprudencia francesa citada por estos autores.

o los bienes de sus allegados. Esta disposición amplía la nómina de sujetos contra los cuales o contra cuyos bienes puede recaer el mal con el cual se amenace a un sujeto de derecho para arrancarle su voluntad contractual.

De acuerdo con el régimen anterior, la violencia era causa de anulabilidad del contrato solamente cuando recaía sobre la persona o los bienes del co-contratante, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Ahora ya no se requiere que la violencia se dirija contra estas personas, sino que basta con que se amenace al contratante con causarle un daño a su persona o a sus bienes, o a la persona o a los bienes de “sus allegados”, lo que incluye el cónyuge, concubino o compañero sentimental, a cualquier pariente consanguíneo o afín cercano, o incluso un amigo íntimo del contratante. Le corresponderá en definitiva al juez apreciar la violencia que consista en una amenaza de causarle un daño a una de estas personas o a sus bienes según las circunstancias, para lo cual tomará en consideración si su relación con el contratante es tal que pueda razonablemente inferirse, según las circunstancias, que el sujeto de derecho al emitir su declaración de voluntad lo hizo bajo la influencia de la violencia⁶⁵.

e) El agente de la violencia

Tal y como lo hacía el *Code*, en el artículo 1.142 del Código Civil reformado se admite la violencia como vicio del consentimiento, incluso cuando la intimidación procede de un tercero. Para que la violencia produzca la anulabilidad del contrato no se requiere que el co-contratante de quien emitió su declaración bajo la influencia de la amenaza haya sido cómplice o haya tenido conocimiento de que se haya producido la violencia.

Aquí hay una diferencia con el dolo puesto que cuando la conducta dolosa proviene de un tercero, para la procedencia de la anulación del contrato es necesario que el contratante de la víctima del dolo haya sido cómplice del engaño o, al menos, que haya tenido conocimiento de él (Código Civil, artículo 1.138, segunda parte). No encontramos que

⁶⁵ Cfr. URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El error el Dolo y la Violencia...cit.*, p. 268.

exista justificación para esta diferencia de tratamiento⁶⁶. Tanto la violencia como el dolo son actos ilícitos y maliciosos que impiden mediante una actuación externa la recta y libre formación del consentimiento. De ahí que hubiera sido más acertado permitirle a quien contrate engañado pedir la nulidad del contrato, sea que la conducta dolosa provenga de su contraparte contractual o de un tercero y, en este último caso, independientemente de que su co-contratante haya tenido conocimiento o no acerca de la misma.

3) La llamada violencia contextual

a) *Los precedentes doctrinales de la reforma del Código Civil francés*

Bajo la vigencia del Código Napoleón, un sector importante de la doctrina francesa sostuvo el criterio de que el consentimiento de un sujeto estaba viciado por violencia aun cuando el peligro procediera de acontecimientos externos, si su co-contratante o un tercero, abusando de la situación, había ejercido presión para obtener dicho consentimiento e impuesto de ese modo el contrato. Algunos autores asimilaron el estado de necesidad en que se encontraba uno de los contratantes a una situación de violencia cuando su contraparte contractual se había aprovechado de esta situación para obtener de aquél ventajas patrimoniales excesivas⁶⁷. Se afirmaba, en tal sentido, que si la violencia puede resultar de la amenaza (abusiva) de ejercer un derecho, con mayor razón debe asimilarse a una situación de violencia la que resulta de la explotación del estado de necesidad o dependencia en que se encuentra una de las partes del contrato en el momento de su celebración⁶⁸. Se argumentó, además, que sería muy grave desde el punto de vista social reconocer

⁶⁶ Un sector de la doctrina francesa ha pretendido justificar esta distinción entre el dolo y la violencia por razones de defensa social y por la circunstancia de que la violencia es más grave y más difícil de probar que el dolo. Al respecto, véase: PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.*, Tomo VI. p. 264; MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.*, Tome II. Premier Volume. p. 193. A nuestro modo de ver, tal y como se indica en el texto, estas consideraciones carecen de fundamento y no se adecuan a la realidad de nuestros tiempos.

⁶⁷ FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc y SAVAUX, Éric: *op. cit.*, p.p. 175-176; GHESTIN, Jacques: *Traité... cit.*, p.p. 495-496.

⁶⁸ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p.p. 249-250.

eficacia a un contrato celebrado bajo el imperio de la necesidad⁶⁹. Por lo cual, se afirmó, con fundamento en los artículos 1.111 y 1.112 del *Code*, que el contrato concluido en estas circunstancias era anulable⁷⁰.

La Corte de Casación francesa, por su parte, con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma del Código Civil, en términos generales, se mostró favorable a la asimilación de la explotación de un estado de dependencia a una situación de violencia, calificada por algunos autores como violencia económica⁷¹, y declaró que para anular un contrato celebrado encontrándose una de las partes en una situación de dependencia económica, era necesario que la otra parte se hubiese aprovechado abusivamente de esta situación para obtener una ventaja excesiva a expensas de los intereses legítimos de la víctima⁷².

b) Consagración legal

Haciéndose eco de estos criterios doctrinales y jurisprudenciales, los redactores de la reforma decidieron contemplar al lado de la

⁶⁹ MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.*, Tome II. Premier Volume. p. 193.

⁷⁰ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *op. cit.*, Tomo VI. p. 266, especialmente, la nota 1 y la jurisprudencia francesa allí citada; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *op. cit.*, p.p. 620-621; JOSSERAND, Louis: *op. cit.*, Tomo II. Vol. I. p. 63; DE PAGE, Henri: *op. cit.*, Tome I. p. 69. Según algunos autores como Josserand, Planiol y Ripert, declarada la nulidad, la parte que se ve perjudicada por la anulación puede intentar contra su contraparte contractual una acción fundada en *el enriquecimiento sin causa* para obtener una remuneración por los servicios prestados a quien contrató en estado de necesidad (JOSSERAND, Louis: *ibidem*; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: *ibidem*). En cambio, otros tratadistas como Marcadé fundamentaron dicha acción en la gestión de negocios (MARCADÉ, V.: *Explication Théorique et Pratique du Code Civil*. Tome IV. Comentario al artículo 1114. París, 1873. p. 356). Otros autores franceses como Gaudemet consideraron que si se demuestra que el contratante cuando emitió su declaración de voluntad no gozaba de la plenitud de sus facultades mentales y contrató víctima de un extravío momentáneo sin darse cuenta del acto jurídico que estaba celebrando, cabría igualmente una acción de nulidad absoluta por ausencia del consentimiento. El estado de necesidad en que se encontraba el sujeto y el carácter excesivo del compromiso contraído serían indicios de la situación de ofuscación que lo afectaba al momento del contrato (GAUDEMET, Eugene: *op. cit.*, p. 185).

⁷¹ Al respecto, véase: LARROUMET, Christian y BROS, Sarah: *Traité de Droit Civil* (Tome 3) (Les Obligations Le Contrat). Ed. Economica. París, 2016. p. 341, especialmente, la nota 1 y la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa allí citada.

⁷² Al respecto, véase: MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.*, p. 255, especialmente, la nota 80 y la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa allí citada.

concepción clásica de la violencia como vicio del consentimiento, la explotación abusiva de la situación de dependencia en que se encuentre uno de los contratantes respecto del otro al tiempo de la celebración del contrato. Se explica así la regla del artículo 1.143 incluido en el Código Civil francés reformado según el cual “hay igualmente violencia cuando una de las partes abusando de la situación de dependencia en la que se encuentre su co-contratante respecto de ella, obtenga de él un compromiso en el que no habría consentido de no hallarse bajo esta coacción, y derive del mismo una ventaja manifiestamente excesiva”.

c) Configuración

Respecto de la llamada violencia contextual (denominada por algunos autores violencia económica) a que se contrae el artículo 1.143 del Código Civil francés, caben las siguientes consideraciones:

1) Esta disposición permite a una de las partes anular el contrato en los casos en que ella se encuentre en una situación de dependencia respecto de la otra al tiempo del contrato, cuando su contraparte ha abusado de esta situación para obtener una ventaja manifiestamente excesiva. El artículo 1.143 adopta el principio de que aquel contrato celebrado por una persona que se encuentre en una situación de dependencia respecto de su co-contratante y de la cual este último se haya aprovechado de manera abusiva para obtener una ventaja manifiestamente excesiva, podrá anularse a petición de la parte que se encuentre en situación de dependencia.

2) De acuerdo con lo antes expuesto, la situación de dependencia en que se encuentre alguno de los contratantes respecto del otro en el momento de la celebración del contrato puede configurar un supuesto de violencia susceptible de invalidar el consentimiento, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: 1º) que exista una explotación abusiva de dicha situación de dependencia; 2º) con el objeto de extraer del contratante que se encuentre en esta situación una ventaja manifiestamente indebida⁷³.

⁷³ Al respecto, véase: MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *op. cit.*, p. 235.

3) De acuerdo con el nuevo texto legal, el estado de dependencia se refiere a la situación de una persona que ha perdido su autonomía *con respecto a su contraparte contractual*, pudiendo la dependencia ser, por ejemplo, económica o incluso afectiva. De ahí que el estado de dependencia a que se contrae el artículo 1.143 se configura cuando una de las partes de un contrato se encuentre en esta situación respecto de la otra al momento de celebrar el contrato. Por si hubiera alguna duda al respecto, en la Ley N° 2018-217 de ratificación de la Ordenanza sobre la reforma del Código Civil francés de fecha 20 de abril de 2018, se aclaró que la situación de dependencia que permite invalidar el consentimiento se refiere a aquella en la que se encuentre un contratante *respecto del otro* al tiempo del contrato.

Siendo esta la situación, se afirma, las personas afectadas por una situación de debilidad aun extrema, por ejemplo, por razones de enfermedad o edad avanzada, no obstante su vulnerabilidad, debilidad o necesidad especial, al no encontrarse en una situación de dependencia respecto del otro contratante, no estarían amparadas por esta disposición!⁷⁴ Para que pueda aplicarse esta disposición no solamente a la situación que resulte de un estado de dependencia *stricto sensu*, sino también a la situación que se presenta cuando una de las partes se ha aprovechado de la circunstancias particulares de vulnerabilidad, debilidad, o necesidad en que se encuentre la otra parte para obtener de ella la celebración de un contrato abusivo⁷⁵, habría que ampliar el sentido del texto legal más allá de su tenor literal⁷⁶. Corresponde a la doctrina y jurisprudencia

⁷⁴ CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias: *op. cit.*, p. 280.

⁷⁵ Esta es la solución adoptada por el § 138 (2) del Código Civil alemán que consagra la nulidad del contrato en caso de explotación del estado de necesidad, debilidad o inexperiencia de otro en los siguientes términos: “Es en especial nulo el negocio jurídico mediante el cual alguien, aprovechándose de una situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de juicio o un vicio de la voluntad notable de otro, se hace prometer o se procura para sí o para un tercero unos beneficios patrimoniales en relación con una prestación que están en desproporción evidente respecto a dicha prestación”

⁷⁶ Aunque el texto del artículo 1.143 incluido en la Ley N° 2018-217 del 20 de abril de 2018 es mucho más restrictivo, cabe hacer notar que, en el Informe de Presentación al Presidente de la República relativo a la Ordenanza de reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones, se señalaba que lo que se pretendía con esta disposición era regular “todas las hipótesis de dependencia, lo que permite proteger a todas las personas vulnerables y no solo a las empresas en la esfera de su interrelaciones”.

francesas dictaminar sobre los requisitos que deben concurrir para la procedencia de la violencia contextual como circunstancia susceptible de invalidar el consentimiento y sobre sus límites y alcances.

4) En lo concerniente a la dependencia de una parte frente a la otra, por supuesto, no es suficiente que una de las partes mantenga una posición negociadora dominante en razón de las condiciones de mercado. Tampoco la simple *presión comercial* ejercida sobre una de las partes para que celebre un contrato es suficiente para viciar el consentimiento y producir la anulación del contrato⁷⁷. Si no existe una verdadera situación de dependencia o subordinación, los meros señalamientos o advertencias, o el uso de una posición contractual dominante para inducir a la conclusión de un contrato no pueden servir de base para invalidar el consentimiento otorgado.

5) En cualquier caso, para que se configure un cuadro de violencia contextual no basta con que una de las partes se encuentre en una situación de dependencia respecto de la otra. Se requiere, además, que dicha otra parte abuse de esta situación obteniendo una ventaja manifiestamente excesiva. La expresión *ventaja manifiestamente excesiva* denota que, para permitir la anulación del contrato bajo el artículo 1.143, no basta una mera desproporción entre el valor y el precio o algún otro elemento que rompa el equilibrio de las prestaciones. Lo que se requiere es que el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona razonable⁷⁸. En definitiva, el carácter manifiestamente excesivo del compromiso contraído es una cuestión de hecho reservada al poder soberano de apreciación de los jueces de instancia que escapa a la

Al respecto, véase: **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations** disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr>. [Fecha de consulta: 23/11/2016].

⁷⁷ Cfr. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *op. cit.*, p.p. 253-253, especialmente, la nota 1 y la jurisprudencia de los tribunales franceses allí citada.

⁷⁸ Este es el sistema recogido en el artículo 3.2.7 de los Principios de Unidroit preparados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en 1994 y ampliados, posteriormente, en 2004 y 2010. Al respecto, véase: Comentario Oficial N° 1 al artículo 3.2.7 en *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. International Institute for the Unification of Private Law. Roma, 2010. p.p. 108-109.

censura de casación. Desde luego, la ventaja manifiestamente excesiva debe presentarse en el momento de la celebración del contrato.

6) Pero no basta que la ventaja sea manifiestamente excesiva; debe ser también injustificada al punto que signifique para la víctima la asunción de un compromiso que no habría adquirido de no mediar la situación de dependencia en que se encontraba al tiempo del contrato. El contrato debe haber favorecido de manera manifiestamente excesiva a una de las partes y ser abusivo para que pueda proceder su anulación. El abuso puede medirse por criterios objetivos tales como el precio de mercado, pero para poder afirmar que una ventaja es abusiva se deben valorar todas las circunstancias del caso, incluyendo el tipo y finalidad del contrato.

7) Los redactores de la reforma contemplaron para el supuesto de violencia contextual la anulación del contrato, pero no autorizaron al juez a modificar su contenido para corregir el desequilibrio contractual⁷⁹. Ahora bien, no siempre es adecuado dar por terminado un contrato que sea excesivamente ventajoso para una de las partes. A la parte perjudicada le puede interesar mantener el contrato en pie, pero en términos modificados. Sin embargo, se insiste, esta posibilidad no se contempló en la reforma del *Code*. Conforme a los artículos 1.131 y 1.143 en este caso el tribunal no puede sustituir las cláusulas abusivas por cláusulas justas ni reajustar las prestaciones a lo que podría haberse acordado de acuerdo con las exigencias de la buena fe contractual.

8) Además de la anulación del contrato, como ocurre en los supuestos de dolo y violencia en el sentido clásico de este término, la otra parte se encuentra obligada a resarcir a la víctima los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato (arg.: *ex art. 1.178 in fine*).

⁷⁹ En cambio, de acuerdo con los *Principios de Unidroit* (artículo 3.2.7 (2)) y los PDEC (artículo 4:109 (2)), a petición de la parte interesada y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato o alguna de sus cláusulas y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual.

CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONTRATO DE ADHESIÓN EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE LOS AÑOS 2016 Y 2018. DR. CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE*, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.

SUMARIO

1. Contexto de la reforma del Código Civil francés de los años 2016 y 2018. 2. Normas sobre cláusulas abusivas y contratos de adhesión que coexisten con el Código Civil francés reformado. 2.1. Código del Consumo. 2.2. Código de Comercio. 3. Noción de contrato paritario y contrato de adhesión en el Código Civil francés reformado. 4. Interpretación del contrato de adhesión en el Código Civil francés reformado. 5. La cláusula abusiva en el Código Civil francés reformado. 6. Los contratos de dependencia y los contratos de adhesión. 7. Artículos relevantes del anteproyecto de 2013, la ordenanza de 2016 y la ley de 2018.

* Carlos Eduardo Acedo Sucre es individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y socio de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía.

1. CONTEXTO DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE LOS AÑOS 2016 Y 2018

Para entender la reforma del Código Civil Francés de los años 2016 y 2018, hay que darle contexto. El Código Civil en vigor en Francia es del año 1804 y fue promulgado por Napoleón Bonaparte. Era una sociedad rural. Posteriormente, en la segunda mitad del Siglo XIX, ocurrieron grandes invenciones y descubrimientos científicos, y tuvo lugar la revolución industrial, con la consecuente masificación en la producción y distribución de bienes y servicios. Esta masificación acarrió el desarrollo de un nuevo tipo de contrato, que contiene un clausulado no negociable, redactado con antelación por una sola de las partes. En efecto, la masificación de los bienes y servicios resultó en la aparición de la contratación en serie. En el año 1901, el francés Saleilles ideó y popularizó la expresión “*contrato de adhesión*” para denominar los contratos pre-hechos sustraídos a la libre discusión. Estos contratos son los acuerdos escritos más comunes. En efecto, no es frecuente que un particular, en su esfera individual, celebre un contrato paritario escrito, o sea, un acuerdo sujeto a discusión en cuya redacción pueden intervenir ambas partes.

De 1901 en adelante, se produjo una evolución doctrinaria y jurisprudencial, basada fundamentalmente en los principios del Código Civil francés sobre buena fe, equidad y orden público; e inspirada adicionalmente en las nociones de abuso de derecho como conducta proscribida, de causa como elemento del contrato que permite reequilibrar los desbalances contractuales, y de consentimiento como elemento del contrato que permite ignorar las cláusulas no conocidas. Dicha evolución doctrinaria y jurisprudencial generó cambios en el derecho positivo, entendiendo por derecho positivo el ordenamiento jurídico tal como éste es entendido por el gremio de abogados en general y aplicado por los

tribunales en la práctica. Estos cambios en el derecho positivo consistieron en un reconocimiento a que el contrato de adhesión se interpreta a favor de adherente y en una tendencia hacia que se considere que las cláusulas abusivas del contrato de adhesión son nulas. El francés François Chénéde, en un trabajo sobre la reforma del Código Civil francés,¹ describió así dicha evolución doctrinaria y jurisprudencial relativa a los contratos de adhesión:

*“...a Reymond Saleilles... se le debe haber identificado y denominado estas convenciones... Quedaba pendiente realizar la modelización jurídica de esta realidad económica nueva. Este trabajo fue emprendido por jóvenes doctores, que edificaron, en apenas varios años, el régimen jurídico completo del contrato de adhesión... estos autores hicieron obra de juristas comenzando por identificar con detalle la fuente potencial del abuso. Observaron que el riesgo no provenía de las prestaciones principales, que frecuentemente eran consideradas satisfactorias e incluso ventajosa para el consumidor, sino de las cláusulas accesorias, numerosas, poco claras y no leídas o poco leídas, que podían subrepticamente desequilibrar el contrato en detrimento del adherente... Para evitar o sancionar esos abusos, estos autores imaginaron dos medidas principales: la interpretación de cláusulas ambiguas a favor del adherente; la eliminación de las cláusulas abusivas en nombre del orden público, de la buena fe, de la equidad, del abuso... Estas dos reglas progresivamente integraron el derecho positivo... **La regla de interpretación a favor** [del adherente] **fue adoptada muy temprano en la jurisprudencia... la regla de la eliminación** [de las cláusulas abusivas] **sólo fue admitida por etapas**. La expulsión de las cláusulas abusivas fue primeramente impulsada por leyes especiales, específicas para ciertos contratos de adhesión... Fuera de estos textos legales, la Corte de Casación les recordaba a los jueces de fondo que no les correspondía eliminar las cláusulas de un contrato respecto de la cuales el adherente hubiera podido tener conocimiento [por argumento en contrario, los jueces de fondo podían eliminar las cláusulas de un contrato respecto de la cuales el adherente no tuviera*

¹ Chénéde, François: Le Contrat d'Adhesion de l'Article 1110 du Code Civil, en La Semaine Juridique, No. 27, 4 de julio de 2016, disponible en: http://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier5.pdf

razonablemente conocimiento]... *Pero... el Derecho del Consumo... entra en escena, generalizando la lucha contra las cláusulas abusivas a todos los "contratos celebrados entre profesionales y consumidores" ...* (los corchetes son nuestros).

En efecto, a partir del año 1965, se inició, en los Estados Unidos de América, el movimiento a favor de la protección al consumidor, lo cual generalmente se identifica con la salida del libro *Inseguro a cualquier velocidad*, escrito por Ralph Nader. El auge del Derecho del Consumo fue un fenómeno global y dio lugar a que, en muchos países, se regularan los contratos de adhesión y sus cláusulas abusivas. De hecho, doce años más tarde, la Comunidad Económica Europea emitió unos lineamientos, para sus países miembros, en materia de *Cláusulas Abusivas en los Contratos Concluidos por los Consumidores y Métodos de Control Apropriados*, mediante la Resolución (76) 47 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 16 de noviembre de 1976. Poco más de un año después, Francia legisló al respecto, con la Ley No. 78-23 del 10 de enero de 1978 sobre la *Protección y la Información de los Consumidores de Productos y Servicios*. Catorce años más tarde, en Francia, la Ley No. 92-60 del 18 de enero de 1992 sobre *Refuerzo a la Protección de los Consumidores* estableció, entre otras cosas, que “*será creado un código del consumo*”, y que “*Él recopilará los textos legislativos y reglamentarios que fijan las reglas relativas a las relaciones individuales o colectivas entre los consumidores y profesionales...*” (Artículo 12).

Mientras los franceses trabajaban en su Código del Consumo, en Venezuela ocurrió lo siguiente:

En el año 1992, fue dictada la primera ley venezolana que reguló los contratos de adhesión y sus cláusulas abusivas. Se trató de la Ley de Protección al Consumidor publicada el 24 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995. Esta ley fue abrogada por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004, que a su vez fue sustituida por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicada el 31 de julio de 2008, luego reformada y finalmente derogada. Todas estas leyes sucesivas venezolanas regularon de manera parecida los contratos de adhesión y sus cláusulas abusivas.

En efecto, por una parte, el artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía que *“Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido... establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido”*. De manera casi idéntica, el artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 disponía que *“Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, aquel cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar... su contenido al momento de contratar”*. Finalmente, de modo muy parecido, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su artículo 69, definía al *“contrato de adhesión”* como *“los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar... su contenido al momento de contratar”*.² Todas estas leyes sucesivas venezolanas contemplaban la posibilidad de que los contratos de adhesión tuvieran alguna o algunas cláusulas negociadas, sin perder por ello su carácter de contratos de adhesión. En tal sentido, el citado artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía el requisito de que *“el consumidor”* no *“pudiera discutir o modificar”* el *“contenido”* de las cláusulas, para que se configurara un *“contrato de adhesión”*, pero atenuó este requisito agregando que *“La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión”*; y, en el mismo orden de ideas, la primera parte del mencionado artículo 81 de la de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, y el referido artículo 70 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, preveían que una negociación que no fuera sustancial o importante no hacía que el contrato dejara de ser de adhesión, pues, en ambos artículos, la definición de contrato de adhesión no exigía que la totalidad del contrato fuera no negociable, sino que contemplaba la posibilidad de que adherente discutiera o modificara no *“substancialmente”* el *“contenido”* del contrato, ya que estos dos artículos estatuirían que el

² Adicionalmente, las leyes mencionadas, en los artículos citados, establecieron que son contratos de adhesión aquellos cuyo texto es aprobado por las autoridades.

contrato de adhesión es impuesto por el proveedor sin que el adherente pueda “*discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar*”.³

Y, por otra parte, el artículo 6, número 7, de la Ley de Protección al Consumidor publicada el 23 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995, prohibía las cláusulas abusivas;⁴ y el artículo 21 de la misma ley contenía una lista de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión.⁵ Posteriormente, de manera similar, el artículo 6, número 8, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada el 4 de mayo de 2004, prohibía la imposición de cláusulas perjudiciales a los consumidores,⁶ y el artículo 87 de la misma ley contenía una lista de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión⁷;

³ Para más información sobre la noción de contrato de adhesión, a la luz de las diferentes leyes que han tratado la materia en Venezuela, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Caracas, 2018, pp. 71 y ss.

⁴ La Ley de Protección al Consumidor de 1992, reformada en 1995, disponía: “Artículo 6°. Son derechos de los consumidores y usuarios:... “7°. La protección contra... las prácticas o cláusulas abusivas impuestas por proveedores de bienes y servicios...”.

⁵ La Ley de Protección al Consumidor de 1992, reformada en 1995, disponía: “Artículo 21. No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que: / 1°. Otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario; / 2°. Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén expresadas con la debida claridad y separación; / 3°. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor; / 4°. Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; y, / 5°. Estén redactados en términos vagos o imprecisos; o no impresos en caracteres legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión...”.

⁶ La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 disponía: “Artículo 6°. Son derechos de los consumidores y usuarios:... 8°. La protección contra... las prácticas o cláusulas impuestas por proveedores de bienes y servicios que contraríen los derechos del consumidor y el usuario...”.

⁷ La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 disponía: “Artículo 87. Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que: / 1. Exoneren, atenuen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados. / 2. Impliquen la renuncia a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o usuarios, o de alguna manera limite su ejercicio. / 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario. / 4. Impongan la utilización obligatoria del arbitraje. / 5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato. / 6. Autoricen al proveedor a rescindir unilateralmente el contrato, salvo cuando se conceda esta facultad al consumidor

adicionalmente, su artículo 15 proscribía las condiciones abusivas e incluía un listado de condiciones abusivas prohibidas⁸. Por último y de forma parecida, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada el 31 de julio de 2008, que también fue objeto de reforma, objetaba, en su artículo 8, números 8, 9 y 13, las cláusulas perjudiciales, discriminatorias o lesivas y los contratos de adhesión desventajosos o lesivos⁹, y contenía, en su artículo 74, una lista de cláusulas prohibidas en los contratos de adhesión¹⁰; y, además, en

para el caso de ventas por correo a domicilio o por muestrario. / 7. Fijen el dólar de los Estados Unidos de América o cualquier otra moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social. En estos casos se efectuará la conversión de la moneda, extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato. / 8. Cualquier otra cláusula o estipulación que imponga condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y la buena fe.

9. Establezcan como domicilio especial para la resolución de controversias y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o el consumidor o usuario tenga establecida su residencia.”

⁸ La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 disponía: “Artículo 15. Se prohíbe todo acto o conducta por parte de los proveedores de bienes y prestadores de servicios que tengan por objeto o efecto la imposición de condiciones abusivas en relación con los consumidores y usuarios y, en particular, las siguientes: / 1. La aplicación injustificada de condiciones desiguales para proveer bienes o prestar un servicio que ponga a los consumidores y usuarios en situación de desventaja frente a otros. / 2. La subordinación o el acondicionamiento de proveer un bien o prestar un servicio a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o de conformidad con el uso correcto del comercio no guarde relación directa con el mismo. / 3. La negativa injustificada de satisfacer la demanda de los consumidores y usuarios. / 4. La imposición de precios y otras condiciones de comercialización de bienes y servicios sin que medie justificación económica.”

⁹ La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 disponía: “Artículo 8º. Son derechos de las personas en relación a los bienes y servicios declarados o no de primera necesidad: ...La protección contra... las prácticas o cláusulas impuestas por proveedoras o proveedores de bienes y servicios que contraríen los derechos de las personas en los términos expresados en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley... A no recibir un trato discriminatorio por los proveedoras o proveedores de bienes y servicios, ni ser lesionado en sus derechos... La protección en los contratos de adhesión, que sean desventajosos o lesionen sus derechos...”.

¹⁰ La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 disponía: “Artículo 74. Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que: / 1. Exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados. / 2. Implicquen la renuncia a los derechos que la normativa vigente reconoce a las personas, o limite

su artículo 15, proscribía las condiciones abusivas e incluía un listado de condiciones abusivas prohibidas¹¹. La ley de 1992 contenía una lista taxativa o cerrada de cláusulas abusivas, mientras que las leyes de 2004 y 2008 contenían una lista enunciativa o abierta de cláusulas abusivas. En todos los casos se trata de un listado de cláusulas que son abusivas si se encuentran en un contrato de adhesión, y que, por ende, son, de entrada, nulas (cláusulas “negras”). Ahora bien, otra manera de regular esto es establecer una lista de cláusulas susceptibles de ser consideradas abusivas cuando se encuentran en un contrato de adhesión, respecto de las cuales se presume su carácter abusivo, salvo prueba en contrario; es

su ejercicio. / 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio a las personas. / 4. Impongan la utilización obligatoria del arbitraje. / 5. Permitan a la proveedora o el proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato. / 6. Autoricen a la proveedora o proveedor a rescindir unilateralmente el contrato. / 7. Establezcan condiciones injustas de contratación o gravosas para las personas, le causen indefensión o sean contrarias al orden público y la buena fe. / 8. Establezcan como domicilio especial para la resolución de controversias y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o de las personas. / 9. Fijen el precio en cualquier moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social.

10. Así como cualquier otra cláusula que contravengan las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley...”

¹¹ La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008 dispone: “Artículo 15. Se prohíbe y se sancionará conforme a lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, todo acto o conducta ejecutado por las proveedoras o proveedores de bienes y por los prestadores de servicios, que impongan condiciones abusivas a las personas: / 1. La aplicación injustificada de condiciones desiguales para proveer bienes o prestar un servicio, que ponga a las personas en situación de desventaja frente a otros. / 2. La aplicación injustificada de condiciones desiguales para proveer bienes o prestar un servicio en atención al medio de pago. / 3. La subordinación o el condicionamiento de proveer un bien o prestar un servicio a la aceptación de prestaciones suplementarias, que por su naturaleza o de conformidad con el uso correcto del comercio no guarde relación directa con el mismo. / 4. La negativa injustificada de satisfacer la demanda de las personas / 5. La imposición de precios y otras condiciones de comercialización de bienes y servicios sin que medie justificación económica. / 6. Las conductas discriminatorias. / 7. El cobro a las personas de recargos o comisiones, cuando el medio de pago utilizado por éste sea a través de tarjetas de crédito, débito, cheque, ticket o cupón de alimentación, tarjeta electrónica de alimentación o cualquier otro instrumento de pago. / 8. La modificación o alteración del precio, la calidad, cantidad, peso o medida de los bienes y servicios. / 9. La negativa a expender, con o sin ocultamiento, productos o prestar servicios declarados de primera necesidad. / 10. La restricción, con o sin ocultamiento, de la oferta, circulación o distribución de productos o servicios declarados de primera necesidad...”

decir, si el predisponente no desvirtúa la presunción de abuso con respecto a una cláusula del listado legal, ésta es nula (cláusulas “grises”). De todos los artículos antes citados, se desprende, de manera general, que son inaceptables, en los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las establecidas en perjuicio de los adherentes sin ninguna justificación económica, las que establezcan imposiciones injustas o gravosas, las que discriminen a algunos consumidores o usuarios respecto de otros creando desigualdades entre ellos, las que generen indefensión, las que sean contrarias al orden público y las que estén reñidas con la buena fe.¹²

De modo que el año 1992 vio nacer en Venezuela una regulación legal de los contratos de adhesión y sus cláusulas abusivas. La Ley de Protección al Consumidor de 1992 no fue la primera ley venezolana sobre el consumo, pero fue la primera que reguló dichos contratos y cláusulas.

Volviendo a Francia, en el año 1993 entró en vigor el Código del Consumo, previsto en la citada Ley No. 92-60 del 18 de enero de 1992 sobre *Refuerzo a la Protección de los Consumidores*. Sin embargo, muy pronto fue necesario reformar el Código del Consumo francés. En efecto, en el mismo año 1993, la Comunidad Económica Europea emitió nuevos lineamientos sobre *Las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores*, mediante la Directiva 93/13 del Consejo de las Comunidades Europeas fechada 5 de abril de 1993.

En el año 1995, tuvo lugar una reforma de Código del Consumo, para adaptarlo a la directiva europea mencionada. El Código del Consumo así reformado se encuentra en vigor actualmente. Más abajo nos referiremos al Código del Consumo, a la luz de la directiva europea mencionada.

En el año 2008 fue reformado el Código de Comercio francés, para introducir un artículo sobre prácticas anticompetitivas, que ahora incluyen el imponer en ciertos contratos, como el de distribución o el de franquicia, “*obligaciones que creen un desequilibrio significativo entre*

¹² Para más información sobre la noción de cláusula abusiva, a la luz de las diferentes leyes que han tratado la materia en Venezuela, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Caracas, 2018, pp. 91 y ss.

los derechos y las obligaciones de las partes del contrato". Volveremos sobre esto más adelante.

En Francia, hubo varias propuestas de reforma del Código Civil, principalmente el Proyecto Catalá y el Proyecto Terré, los cuales sirvieron de inspiración al Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones del Ministerio de Justicia del 23 de octubre de 2013. Este anteproyecto dio lugar a una fecunda discusión en Francia sobre las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión.

En cambio, en Venezuela, hubo un retroceso significativo, pues el 23 de enero de 2014 la Ley Orgánica de Precios Justos derogó la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso de Bienes y Servicios, que para ese momento era la que regulaba los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas. La última versión de Ley Orgánica de Precios Justos, que es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpressa el 12 del mismo mes, únicamente establece que uno de los "*derechos de las personas en relación con los bienes y servicios*" es su derecho "*A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos e intereses*" (artículo 7, número 10), e impone una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho (artículo 47, número 7). La misma ley menciona someramente otros asuntos concernientes a la relación entre los proveedores y los consumidores o usuarios, pero sin referirse, para nada, a los contratos de adhesión¹³. Dicha ley no tiene una definición ni una lista de cláusulas abusivas, como las anteriores.

¹³ Se trata de lo siguiente: (i) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen "elegirlos con libertad" (artículo 7, número 2), así como "la protección contra... los métodos comerciales coercitivos" (artículo 7, número 5), y se castiga con multa a quienes empleen "métodos coercitivos" (artículo 47, número 7); (ii) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen obtener "información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa" (artículo 7, número 4), y se castiga con multa a quienes violen este derecho (artículo 47, número 2); (iii) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen "la reparación e indemnización por daños y perjuicios" (artículo 7, número 7), y se castiga con multa a quienes no procedan al "resarcimiento del daño sufrido" (artículo 47, número 7); (iv) los "derechos de las personas en relación con los bienes y servicios" incluyen que el suministro sea "de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida" (artículo 7, número 13), y se castiga con multa a quienes violen dicho derecho (artículo 47, número 11); (v) se castiga con multa a "los proveedores o proveedoras de los bienes y servicios" que den a sus clientes un "trato discriminatorio" (artículo 47, número 7); y (vi) se castiga con prisión a quienes incurran en usura (artículos 58 y 59).

Ahora bien, en nuestra opinión, aunque dicha ley no lo diga, el contrato de adhesión se interpreta a favor de adherente¹⁴; y los principios del Código Civil venezolano sobre buena fe, equidad y orden público permiten considerar que cualquier cláusula abusiva en un contrato de adhesión es nula.¹⁵

Dos años después, en Francia, el gobierno emitió la Ordenanza No. 2016-131 del 10 de febrero de 2016, relativa a la *Reforma del Derecho de los Contratos, del Régimen General y de la Prueba de las Obligaciones*. Se realizó una reforma del Código Civil por ordenanza, que es como un decreto-ley. Dicha reforma le dio, a la protección contra las cláusulas abusivas, un carácter general; y ató dicha protección a que dichas cláusulas estén en un contrato de adhesión. Se mantuvo la protección especial de Códigos del Consumo y Comercio.

Dos años más tarde, el parlamento francés emitió la Ley No. 2018-287 del 20 de abril de 2018 que ratificó dicha ordenanza y le hizo modificaciones.

De manera que el Código Civil francés fue reformado dos veces sucesivas, una en el año 2016, con la ordenanza, y otra en el año 2018, con la ley.

2. NORMAS SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONTRATOS DE ADHESIÓN QUE COEXISTEN CON EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS REFORMADO EN LOS AÑOS 2016 Y 2018

Las normas sobre cláusulas abusivas y contratos de adhesión que coexisten con el Código Civil reformado están contenidas en el Código del Consumo y el Código de Comercio, y, tal como ha quedado dicho, esas normas son anteriores a la reforma del Código Civil francés de los años 2016 y 2018. Interesa analizar primero estas normas, para luego tener una mejor comprensión del Código Civil reformado.

¹⁴ Para más información sobre la interpretación de los contratos de adhesión, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Caracas, 2018, pp. 146 y ss.

¹⁵ Para más información sobre la posibilidad de considerar que las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión son nulas, como resultado de aplicar los principios de buena fe, equidad y orden público del Código Civil, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Caracas, 2018, pp. 146 y ss., y 231 y ss.

2.1. Código del Consumo

Tal como señalamos antes, la reforma de 1995 del Código del Consumo francés, actualmente vigente, fue para adaptarlo a la Directiva 93/13 del Consejo de las Comunidades Europeas fechada 5 de abril de 1993 sobre *Las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores*. Para entender el sentido y alcance del Código del Consumo francés, es útil referirse primero a dicha directiva europea. De esta directiva europea, interesa destacar los siguientes artículos:

Artículo 3.1:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas sí, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”

El texto anterior define las cláusulas abusivas como aquellas que no han sido negociadas y que generan un desequilibrio importante entre el redactor y el adherente. Esta definición sería más clara si el requisito fuera, más bien, que las cláusulas sean *no negociables*. En efecto, en los contratos paritarios puede haber cláusulas negociables que, sin embargo, no fueron negociadas. Lo relevante es que el contrato o el grueso del contrato esté sustraído a la libre discusión.

En el artículo precedente, el carácter abusivo de la cláusula está atado a que el adherente sea un consumidor. Esto se explica porque se trata de una directiva sobre *Las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores*.

Artículo 3.2:

“Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.”

Del texto anterior se puede inferir una definición de contrato de adhesión, que es aquel cuyas cláusulas fueron elaboradas con antelación por el proveedor y cuyo contenido no es negociable. El texto anterior es más claro que el citado precedentemente, en cuanto a que el contrato

de adhesión es aquél que contiene un clausulado sustraído a la libre discusión.

Artículo 4.2:

“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”

Del artículo precedente se desprende que, para que una cláusula sea abusiva, tiene que ser una cláusula accesorias. En consecuencia, una cláusula esencial de un contrato no puede ser calificada como abusiva, aunque *“el consumidor no haya podido influir sobre su contenido”*. Dicho en otras palabras, en Europa, el régimen sobre protección al consumidor contra cláusulas abusivas se aplica a las cláusulas accesorias, y no a las cláusulas principales. Esto es sin perjuicio de que, con respecto a las cláusulas esenciales se establezca otro régimen de protección. La exclusión de las cláusulas principales del régimen europeo sobre protección al consumidor contra las cláusulas abusivas explica que un sector de la doctrina venezolana considere que, para que una cláusula sea calificable como abusiva, debe ser una cláusula accesorias. Dado que las cláusulas de un contrato de adhesión calificables como abusivas tienen que ser cláusulas accesorias, y dado que las cláusulas accesorias abusivas son ilícitas, las mismas están viciadas de nulidad. Esta nulidad no afecta todo el contrato de adhesión, puesto que no se trata de una cláusula esencial, sino de una cláusula accesorias, que es la afectada.¹⁶

Artículo 6.1:

“Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”

¹⁶ Para más información sobre la relación entre accesoriedad, abuso y nulidad, ver: Acedo Sure, Carlos Eduardo: Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión, Caracas, 2018, pp. 225 y ss., y 253 y ss.

Dado que para que una cláusula sea abusiva tiene que ser accesorio, la nulidad no debe afectar todo el contrato, sino tan sólo la cláusula. En efecto, el carácter accesorio de las cláusulas abusivas implica que los contratos siempre pueden sobrevivir sin ellas, a diferencia de lo que sucede con las cláusulas principales. Por lo tanto, contrariamente a lo que indica la directiva europea mencionada, el contrato jamás “*puede subsistir sin las cláusulas abusivas*”.¹⁷

Si se considerara, contrariamente a lo que indica la directiva europea mencionada, que las cláusulas esenciales pueden ser abusivas, su nulidad acarrearía la nulidad del contrato completo. En efecto, si una cláusula principal causara, de manera relevante para el Derecho del Consumo y “*en detrimento del consumidor*”, “*un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”, y si esto diera lugar a la nulidad de esa cláusula, sucedería que el contrato no podría sobrevivir sin ella, por lo que todo lo acordado sería nulo. Esto sería una consagración de la rescisión por lesión. Dicha consagración no está presente en la mencionada directiva europea de 1993.

El caso en Venezuela es distinto, porque se puede argumentar que aquí, en casos extremos, hay rescisión por lesión, en virtud de que en Venezuela es ilícito obtener una prestación que implique una ventaja notoriamente desproporcionada a la contraprestación suministrada. En efecto, el artículo 108 de la Ley de Protección al Consumidor publicada el 24 de marzo de 1992 y reformada el 17 de mayo de 1995, y luego el artículo 126 de la ley publicada el 4 de mayo de 2004, castigaron con multa y prisión a “*Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte realiza*”. La misma tipificación fue incluida en el artículo 143 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada el 31 de julio de 2008, que también fue objeto de reforma, y

¹⁷ Para más información sobre la nulidad de la cláusula abusiva, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión, Caracas, 2018, pp. 225 y ss.

en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Precios Justos, cuya versión actualmente vigente es la publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpressa el 12 del mismo mes. En las dos últimas leyes, los únicos cambios, respecto de las dos leyes anteriores, fueron que desapareció la palabra “*beneficio*”, la cual era redundante, pues basta decir “*ventaja*”; y que ya no hay multa, sino sólo prisión. Actualmente, el delito de usura genérica, así tipificado, es penado, por la última ley mencionada, con prisión de entre cinco y ocho años.¹⁸

Tal como señalamos antes, en el año 1995, tuvo lugar una reforma de Código del Consumo, para adaptarlo a la directiva europea mencionada. Del Código del Consumo así reformado, interesa detenernos en los siguientes artículos, que están actualmente en vigor:

Primera parte del artículo L. 212-1:

“En los contratos celebrados entre profesionales y no-profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto crear, en detrimento del no-profesional o consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.”

Lo anterior constituye una variación respecto de la directiva europea mencionada. En efecto, el carácter abusivo de la cláusula no está atado al tipo de contrato que la contiene, sino a quiénes son sus partes; es decir, el texto precedente se aplica a los contratos entre profesionales y consumidores, aunque no sean contratos de adhesión.

En el artículo citado se equipara el no-profesional al consumidor.

Segunda parte del artículo L. 212-1

“La apreciación del desequilibrio significativo de la primera parte no está referida ni a la definición del objeto del contrato ni a la adecuación del precio a la prestación.”

Lo anterior constituye una variación respecto de la directiva europea mencionada, pero de forma. En efecto, se simplifica la redacción y el requisito de claridad se regula separadamente.

¹⁸ Para más información sobre los efectos de la cláusula abusiva sobre ésta o sobre el contrato, y el carácter abusivo o no de las cláusulas principales y la usura, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión, Caracas, 2018, pp. 110 y ss., 225 y ss., y 253 y ss.

El Código del Consumo tiene dos listas de posibles causas abusivas. Una de estas listas es “negra”, en el sentido de que las cláusulas allí descritas son inaceptables en todos los casos; por ejemplo, las exoneraciones totales o parciales de responsabilidad no pueden ser toleradas nunca. La otra lista es “gris”, es decir, se trata de cláusulas que se presumen abusivas salvo que se establezca lo contrario; por ejemplo, la cláusula de terminación unilateral sin preaviso es considerada abusiva a menos que se pueda determinar que no lo es.

2.2. Código de Comercio

Tal como señalamos antes, en el año 2008 fue reformado el Código de Comercio francés, en cuanto concierne al Derecho de la Distribución. Pues bien, su artículo L. 442-6 establece lo siguiente:

“Compromete la responsabilidad de su autor y lo obliga a reparar el perjuicio, el hecho, por todo productor, comerciante, industrial o persona matriculada en el repertorio de profesiones: ... De someter o tratar de someter a un relacionado comercial a obligaciones que creen un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.”

Del texto anterior interesa destacar que el mismo no está referido a la contratación masiva, sino a contratos tales como el contrato de distribución y el contrato de franquicia. El artículo precedente permite hacer una distinción entre los contratos de dependencia y los contratos de adhesión. Ahora bien, en nuestro criterio, un contrato de dependencia será además un contrato de adhesión, en la medida en que tenga un conjunto de cláusulas no negociables redactadas previamente por una de las partes.

3. NOCIÓN DE CONTRATO PARITARIO Y CONTRATO DE ADHESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS REFORMADO

El Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones del Ministerio de Justicia del 23 de octubre de 2013 propuso la siguiente

definición, respecto de los contratos paritarios o contratos de libre discusión:

“El contrato paritario es aquel cuyas estipulaciones son libremente negociadas entre las partes” (artículo 8, 1ª parte).

La definición anterior no sufrió modificación en la Ordenanza No. 2016-131 del 10 de febrero de 2016, relativa a la *Reforma del Derecho de los Contratos, del Régimen General y de la Prueba de las Obligaciones*.

Ahora bien, la Ley No. 2018-287 del 20 de abril de 2018, al ratificar la referida ordenanza, reformó, no obstante, dicha definición, la cual quedó así:

“El contrato paritario es aquel cuyas estipulaciones son negociables entre las partes” (artículo 1110, 1ª parte).

La modificación anterior mejora la redacción original. En efecto, un contrato negociable puede no haber sido negociado en la práctica. En consecuencia, la expresión *“negociables”* refleja mejor lo que es un contrato paritario que la expresión *“son libremente negociadas”*.

El opuesto del contrato paritario es el contrato de adhesión, para el cual el anteproyecto de 2013 propuso la siguiente definición:

“El contrato de adhesión es aquel en el cual las estipulaciones esenciales, sustraídas a la libre discusión, fueron determinadas por una sola de las partes” (artículo 8, 2ª parte).

La ordenanza de 2016 modificó la definición anterior, así:

“El contrato de adhesión es aquel en el cual las condiciones generales, sustraídas a la negociación, fueron determinadas con antelación por una de las partes” (artículo 1110, 2ª parte).

La ley de 2018 reformó dicha definición, estableciendo lo que sigue:

“El contrato de adhesión es aquel que incluye un conjunto de cláusulas no negociables, determinadas con antelación por una de las partes” (artículo 1110, 2ª parte).

Para que haya un contrato de adhesión no se requiere que se trate de una contratación masiva, como la que ocurre entre los proveedores de bienes o servicios ofrecidos al público en general y los adquirentes de los mismos. En efecto, el contrato de adhesión puede existir en relaciones con un grupo más pequeño de adherentes, como ocurre fuera del ámbito del Derecho del Consumo.

La expresión *“estipulaciones esenciales”*, utilizada en el anteproyecto de 2013, no tiene mayor sentido, pues es frecuente que las disposiciones contractuales pre-redactadas y sustraídas a la libre discusión sean, más bien, cláusulas accesorias. En consecuencia, la ordenanza de 2016 utilizó, en su lugar, la expresión *“condiciones generales”*. Sin embargo, la expresión *“condiciones generales”* tiene el problema de que, en ciertos casos, las *condiciones particulares* pueden eventualmente ser también textos preestablecidos y no negociables (por ejemplo, en Venezuela, las condiciones particulares de las pólizas de seguro). La ley de 2018 prefirió la expresión *“conjunto de cláusulas”*, que tiene la ventaja de que es muy general. La expresión *“conjunto de cláusulas”* da a entender que no se necesita que la totalidad de las cláusulas sean preestablecidas y no negociables para que el contrato sea de adhesión, sino que basta que un grupo relevante de ellas lo sea.

La expresión *“sustraídas a la libre discusión”*, la expresión *“sustraídas a la negociación”* y la expresión *“no negociables”* son equivalentes. Sin embargo, en la definición de contratos de adhesión, tiene sentido utilizar esta última expresión, porque, en la definición de contratos paritarios, que es su antónimo, se emplea la expresión *“negociables”*.

El anteproyecto de 2013 señala que las cláusulas del contrato de adhesión son *“determinadas por una de las partes”*. La redacción mejoró con la ordenanza de 2016 y la ley de 2018, que precisan que han de ser *“determinadas con antelación”*. La circunstancia de que las cláusulas no negociables del contrato de adhesión sean *“determinadas con antelación”* por el predisponente no significa que su contraparte no las haya aceptado. En efecto, si el adherente tuvo la oportunidad de

conocerlas y expresó su conformidad en bloque, dichas cláusulas lo obligan. Aunque a veces se afirme que no hay acuerdo de voluntades, lo cierto es que existe un consentimiento limitado a decir *sí* o *no*, así que no estamos en un supuesto en el que el consentimiento es inexistente.¹⁹

Para que el contrato sea de adhesión, sus cláusulas tienen que haber sido determinadas con antelación por una de las partes, y no por un tercero. Hay, pues, contratos con un formato preestablecido que no son contratos de adhesión, ya que el formato procede de un tercero y es acogido por ambas partes. Lo mismo ocurre cuando un regulador impone un texto contractual a los entes regulados, para sus relaciones con sus clientes. Este es el caso en Venezuela, en cuanto concierne a las providencias que emite la Superintendencia de la Actividad Aseguradora aprobando, con carácter general y uniforme, el clausulado de las pólizas relativas a ciertos tipos de riesgo, por ejemplo, mediante la providencia publicada el 24 de abril de 2017, dicha superintendencia impuso un texto único para los contratos de seguro de automóviles (casco y responsabilidad civil).²⁰

El hecho de que un contrato tenga cláusulas no negociables pre-redactadas por una parte no siempre coincide con que ésta tenga una posición de dominio.²¹

4. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE ADHESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS REFORMADO

El anteproyecto de 2013 tenía los dos siguientes artículos:

“En caso de duda, la obligación se interpreta contra el acreedor y a favor del deudor” (artículo 98).

¹⁹ Para más información sobre el consentimiento en los contratos de adhesión, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Caracas, 2018, pp. 131 y ss.

²⁰ Para más información sobre el control del Estado sobre la contratación en masa, y, más precisamente, sobre las aprobaciones de los reguladores para los contratos de adhesión impuestos por los entes regulados, incluyendo la distorsión creada cuando el regulador es el que redacta el contrato, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Caracas, 2018, pp. 159 y ss.

²¹ Para más información sobre, la función social y económica del contrato de adhesión, que puede establecer una relación contractual entre iguales, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Caracas, 2018, pp. 114 y ss.

“En caso de ambigüedad, las cláusulas de un contrato de adhesión se interpretan contra la parte que las propuso” (artículo 101).

La ordenanza de 2016 unió las dos disposiciones anteriores en una, redactada así:

“En caso de duda, el contrato paritario se interpreta contra el acreedor y a favor del deudor, y el contrato de adhesión contra quien lo propuso” (artículo 1190).

La ley de 2018 no reformó la precedente disposición.

Dicho texto legal, en cuanto al contrato de adhesión, es razonable.²²

En cambio, la norma plasmada en la reforma, en cuanto concierne al contrato paritario, no tiene mayor sentido. Por una parte, la redacción empeoró, pues antes se decía que la *“obligación”* es interpretada *“contra el acreedor y a favor del deudor”*; y ahora se dice que el *“contrato de adhesión”* es interpretado *“contra el acreedor y a favor del deudor”*, lo cual es absurdo en el caso de cualquier contrato sinalagmático, en el cual las partes son acreedora y deudora recíprocas. Por otra parte, favorecer sistemáticamente al deudor sobre el acreedor es demagógico y artificial, pues es más razonable tratar de desentrañar el significado del contrato buscando la intención común de las partes. La Asociación Francesa de Doctores en Derecho (AFDD) propuso suprimir este texto, con razón.²³

En el artículo 1162 del Código Civil francés de 1804 se establecía que, *“En caso de duda, la convención se interpreta contra quien estipuló y a favor de quien contrajo la obligación”*. Una lectura razonable del texto anterior es que *“quien estipuló”* es el redactor, quien además debe tener la condición de acreedor, para que se aplique dicho artículo. La lectura anterior permite, en algunos casos, salvar el problema que se

²² Para más información sobre la interpretación de los contratos de adhesión, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Caracas, 2018, pp. 146 y ss.

²³ Association Française des Docteurs en Droit: Consultation de la Chancellerie sur le Projet d’Ordonnance Portant Reforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations, Réponse de Association Française des Docteurs en Droit, mayo de 2015, disponible en: http://www.afdd.fr/images/stories/Reforme_du_droit_des_contrats_-_Prise_de_position_AFDD.pdf

presenta en el contrato sinalagmático, en el cual las partes son acreedora y deudora recíprocas. En efecto, la lectura anterior ayuda a definir contra quién se interpretará el contrato, pues es posible que el redactor de la cláusula que requiera interpretación haya sido una sola de las partes, en cuyo caso, si se trata del acreedor de la obligación correspondiente, la interpretación es en su contra. En conclusión, si el acreedor de una obligación redacta la cláusula que establece esta obligación, entonces, si esta cláusula es oscura, la misma se interpreta a favor del deudor de esta obligación. El actual 1190, que es absurdo, requiere interpretación, y la interpretación del actual 1190 puede conducir a la misma conclusión.

5. LA CLÁUSULA ABUSIVA EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS REFORMADO

El anteproyecto de 2013 propuso lo siguiente:

“Una cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato puede ser suprimida por el juez a solicitud del contratante en cuyo detrimento es estipulada” (1ª parte del artículo 77).

La ordenanza de 2016 modificó lo anterior, así:

“En el contrato de adhesión, toda cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, se reputa no escrita” (1ª parte del artículo 1171).

La ley de 2018 reformó esto último, estableciendo lo que sigue:

“En el contrato de adhesión, toda cláusula no negociable, determinada con antelación por una de las partes, que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, se reputa no escrita” (1ª parte del artículo 1171).

En el anteproyecto de 2013, se concebía la cláusula abusiva como una cláusula que podía estar incluida en cualquier contrato, lo cual cambió con la ordenanza de 2016 y la ley de 2018, según las cuales sólo

son concebibles las cláusulas abusivas en relación con los contratos de adhesión. Esto último nos parece razonable.²⁴

La francesa Martine Behar-Touchais, en un trabajo sobre la reforma del Código Civil,²⁵ expresó lo siguiente, refiriéndose a la circunstancia de que, en el anteproyecto, el régimen de nulidad de las cláusulas abusivas era aplicable a todos los contratos, lo cual fue modificado en la ordenanza, que lo circunscribió a los contratos de adhesión:

“Este texto fue modificado en el sentido correcto entre el proyecto de reforma... y la versión definitiva de la ordenanza..., particularmente por la limitación de su campo de aplicación a los contratos de adhesión.”

Al respecto, otro francés, François Chénéde, en su trabajo sobre la reforma del Código Civil,²⁶ expresó, refiriéndose igualmente al régimen de nulidad de las cláusulas abusivas, previsto en el anteproyecto en relación con cualquier tipo de contrato, lo siguiente:

“...el proyecto de ordenanza autorizaba su aplicación a todos los contratos. Esta solución fue criticada casi unánimemente. Salvo que se quisiera arruinar la seguridad [jurídica] de los intercambios [de prestaciones], y transformar el derecho francés en un espantapájaros, no era concebible admitir la eliminación judicial de las cláusulas abusivas libremente negociadas por las partes con respecto a un contrato paritario” [los corchetes son nuestros].

En el mismo sentido, el francés Eric Savaux, en su trabajo sobre la reforma del Código Civil,²⁷ expresó lo siguiente:

²⁴ Para más información sobre el punto de vista según el cual sólo se concibe el abuso si se trata de un contrato de adhesión, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión, Caracas, 2018, pp. 91 y ss., y 215 y ss.

²⁵ Behar-Touchais, Martine: Le Déséquilibre Significatif dans le Code Civil, en La Semaine Juridique, No. 14, 14 de abril de 2016, disponible en: http://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier4.pdf

²⁶ Chénéde, François: Le Contrat d’Adhesion de l’Article 1110 du Code Civil, en La Semaine Juridique, No. 27, 4 de julio de 2016, disponible en: http://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier5.pdf

²⁷ Savaux, Eric: El Nuevo Derecho Francés de Obligaciones y Contratos, conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de junio de 2016, disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.

“El establecimiento de semejante procedimiento como regla general aplicable a todos los contratos se ha considerado por los profesionales como una grave amenaza para la seguridad de las convenciones y para el atractivo del Derecho francés, pues el juez puede encontrar de esta manera un medio acrecentado de intervención. Por consiguiente, se ha decidido, al término de la consulta pública, limitar su ámbito exclusivamente al contrato de adhesión...”

La limitación de la lucha contra las cláusulas abusivas solo a los contratos de adhesión, introducida al término de la consulta pública con el fin de tranquilizar a las empresas, concilia de forma oportuna un instrumento moderno de la protección de los contratantes débiles con una filosofía contractual basada en la libertad y la responsabilidad. Cuando las partes han podido ejercer libremente su poder de negociación, el juez no debe sustituirlos con el fin de verificar la utilidad del contrato.”

Convertir al derecho francés en un “*espantapájaros*” o una “*grave amenaza*”, iba en sentido contrario al fin de la reforma, que era modernizar, hacer más asequible y optimizar desde el punto de vista de eficiencia económica el Código Civil, para hacer a Francia más competitiva. Esta contradicción fue superada en la ordenanza de 2016 y la ley de 2018, pues ambas coinciden en que, para que una cláusula sea abusiva, debe estar en un contrato de adhesión. Esto es razonable, pues, si una cláusula es libremente negociada, y si las partes diseñaron el contrato en un proceso en el que una parte obtuvo unas ventajas y la otra parte obtuvo otras ventajas, es cuesta arriba afirmar que dicha cláusula es abusiva.²⁸ De hecho, la Asociación Francesa de Doctores en Derecho criticó que el anteproyecto de 2013 ignorara el Proyecto Catalá y el Proyecto Terré, que le precedieron, en los cuales sólo se concebía el abuso si la cláusula estaba incluida en un contrato de adhesión;²⁹ lo cual fue retomado en la ordenanza de 2016 y la ley de 2018.

php?id=ANU-C-2016-30071500741_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_El_nuevo_De-
recho_franc%E9s_de_obligaciones_y_contratos

²⁸ Para más información sobre el punto de vista según el cual sólo se concibe el abuso si se trata de un contrato de adhesión, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión, Caracas, 2018, pp. 91 y ss., y 215 y ss.

²⁹ Association Française des Docteurs en Droit: Consultation de la Chancellerie sur le Projet d’Ordonnance Portant Reforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve

Al respecto, el profesor Morles³⁰ nos enseña lo siguiente:

“La eliminación de la cláusula abusiva en todos los contratos y la circunscripción de su eficacia al ámbito de los contratos de adhesión es una decisión congruente con el origen de la misma. Esta decisión ha llevado tranquilidad a los empresarios franceses y ha hecho desaparecer la inquietud que se creó alrededor de una generalización de la regla.”

La ordenanza de 2016 y la ley de 2018 limitan la calificación de abusiva, con respecto a una cláusula, al caso de que ésta se encuentre en un “*contrato de adhesión*”. Sin embargo, los contratos de adhesión pueden tener alguna cláusula negociable, además de las cláusulas pre-redactadas sustraídas a la libre discusión que los caracterizan. De hecho, la ley de 2018 precisa que la calificación de abusiva con respecto a una cláusula de un contrato de adhesión está supeditada a que se trate de una “*cláusula no negociable, determinada con antelación por una de las partes*”. Respecto de lo anterior, los franceses Olivier Deshayes, Thomas Genicon e Yves-Marie Laithier, en un trabajo sobre la reforma del Código Civil,³¹ expresaron:

“...solamente las cláusulas no negociables determinadas con antelación por una de las partes pueden ser reputadas no escritas, y no aquéllas que, en el caso concreto, fueron objeto de una negociación individual.”

des Obligations, Réponse de Association Française des Docteurs en Droit, mayo de 2015, disponible en: http://www.afdd.fr/images/stories/Reforme_du_droit_des_contrats_-_Prise_de_position_AFDD.pdf

³⁰ Morles Hernández, Alfredo: Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión, Palabras del profesor Morles el día 26 de abril de 2018 en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el acto de presentación del libro Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión, por Carlos Eduardo Acedo Sucre.

³¹ Deshayes, Olivier; Genicon, Thomas, y Laithier, Yves-Marie: Ratification de l’Ordonnance Portant Réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations, en La Semaine Juridique, No. 18, 30 de abril de 2018, disponible en: [file:///Users/acebet/Downloads/COMM.%20LOI%20RAT.%20REFORME%20CONTRATS%20\(D,%20L%20&%20G\).pdf](file:///Users/acebet/Downloads/COMM.%20LOI%20RAT.%20REFORME%20CONTRATS%20(D,%20L%20&%20G).pdf)

De manera que estos autores parten de la premisa de que el contrato de adhesión puede, no obstante, tener ciertas cláusulas que sean “*objeto de una negociación individual*”. En relación con lo anterior, cabe recordar que la ley de 2018 utilizó, en lugar, la expresión “*condiciones generales*”, empleada en ordenanza de 2016, la expresión “*conjunto de cláusulas*”, que da a entender que no se necesita que la totalidad de las cláusulas sean no negociables para que el contrato sea de adhesión, sino que basta que un grupo relevante de ellas lo sea.

Tal como señalamos antes, la ley de 2018, en su definición de contrato de adhesión, señala que “*es aquel que incluye un conjunto de cláusulas no negociables, determinadas con antelación por una de las partes*”. En el mismo sentido, la ley de 2018, al referirse a las cláusulas abusivas, especifica que el régimen de protección correspondiente está referido a “*toda cláusula no negociable, determinada con antelación por una de las partes*”. Respecto de lo anterior, los franceses Olivier Deshayes, Thomas Genicon e Yves-Marie Laithier, en su trabajo sobre la reforma del Código Civil,³² expresaron:

“El criterio esencial es la ausencia de negociabilidad (a no ser confundida con la ausencia de negociación).”

El anteproyecto de 2013, la ordenanza de 2016 y la ley de 2018 coinciden en que, para que una cláusula sea abusiva, tiene que crear “*un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato*”. No basta un desbalance moderado, sino que tiene que existir una diferencia importante. Dicho desequilibrio significativo puede ser jurídico o económico. Por ejemplo, pueden ser abusivas las cláusulas sin reciprocidad ni contrapartida. El Código Civil francés no tiene una lista “negra” ni “gris” de cláusulas abusivas, así que su determinación queda a criterio del juez.

Ahora bien, el artículo 76 del anteproyecto de 2013 y el artículo 1170 de la ordenanza de 2016 y de la ley de 2018 idénticamente

³² Deshayes, Olivier; Genicon, Thomas, y Laithier, Yves-Marie: Ratification de l’Ordonnance Portant Réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations, en La Semaine Juridique, No. 18, 30 de abril de 2018, disponible en: file:///Users/acebet/Downloads/COMM.%20LOI%20RAT.%20REFORME%20CONTRATS%20(D,%20L%20&%20G).pdf

establecen lo siguiente: *“Toda cláusula que priva de su sustancia la obligación esencial del deudor se reputa no escrita.”* La anterior es una solución mucho menos radical que considerar que son nulas *a priori* las cláusulas que exoneran total o parcialmente de responsabilidad al predisponente frente al adherente. En efecto, internacionalmente, estas cláusulas son normales en muchos contratos, y, sin ellas, el bien o servicio correspondiente sería más caro o el proveedor no estaría dispuesto a suministrarlo; además, en ciertos supuestos, el adquirente puede protegerse con un seguro.³³

Lo previsto en el anteproyecto de 2013, en cuanto a que la cláusula abusiva *“puede ser suprimida por el juez a solicitud del contratante en cuyo detrimento es estipulada”*, fue sustituido, tanto en la ordenanza de 2016, como en la ley de 2018, por la mención de que dicha cláusula *“se reputa no escrita”*. Esto es muy sensato, pues se debe permitir al adherente comunicar a su contraparte su objeción a una cláusula abusiva, sin tener que iniciar un juicio para obtener una decisión judicial que lo proteja de dicha cláusula.

El anteproyecto de 2013 propuso lo siguiente:

“La apreciación del desequilibrio significativo no está referida ni a la definición del objeto del contrato ni a la adecuación del precio a la prestación” (2ª parte del artículo 77).

La ordenanza de 2016 modificó lo anterior, así:

“La apreciación del desequilibrio significativo no está referida ni al objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio a la prestación” (2ª parte del artículo 1171).

La ley de 2018 dejó idéntico esto último (2ª parte del artículo 1171).

Hubo, pues, una mejora en la redacción. Pero esto no es importante. Lo relevante es que, del anteproyecto, de la ordenanza y de la ley, se desprende por igual que las cláusulas principales o esenciales no

³³ Para más información sobre las cláusulas que eliminan o limitan la responsabilidad civil, ver: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Caracas, 2018, pp. 299 y ss.

pueden ser calificadas como abusivas. De modo que, para que una disposición contractual sea considerada abusiva, tiene que ser una cláusula accesoria.

Como las disposiciones contractuales a las que se les aplica el régimen de las cláusulas abusivas son las cláusulas accesorias, no se plantea la nulidad de todo el contrato, sino tan sólo la nulidad de la disposición contractual de que se trate.

A las cláusulas principales o esenciales manifiestamente desequilibradas no se les aplica el régimen de las cláusulas abusivas, sino el régimen de la rescisión por lesión, que está muy limitado en Francia. Al respecto, el artículo 78 del anteproyecto de 2013 propuso lo siguiente: *“En los contratos sinalagmáticos, la carencia de equivalencia en las obligaciones no es una causa de nulidad del contrato, a menos que la ley no disponga otra cosa.”* Lo anterior fue acogido por el artículo 1168 de la ordenanza de 2016, pero la palabra *“obligaciones”* fue sustituida por la palabra *“prestaciones”*. En la ley de 2018, este último artículo quedó idéntico. De manera que no hay rescisión por lesión en Francia, salvo en los casos en que lo contemple la ley. Sin embargo, el artículo 75 del anteproyecto de 2013 propuso lo siguiente: *“Un contrato a título oneroso es nulo cuando, al momento de su formación, la contrapartida convenida en beneficio de quien se obliga es ilusoria o derisoria.”* Lo anterior fue adoptado por el artículo 1169 de la ordenanza de 2016 y de la ley de 2018, sin ningún cambio.

El carácter abusivo de una cláusula se mide al momento de contratar. Los desequilibrios significativos surgidos después no se rigen por el régimen de las cláusulas abusivas, sino por la teoría de la imprevisión, que, por cierto, sólo es concebible con respecto a las cláusulas principales o esenciales, que nacieron equitativas, pero dejaron de serlo por causas ajenas a la voluntad de las partes. La teoría de la imprevisión fue consagrada en el Código Civil reformado. La primera parte del artículo 104 del anteproyecto de 2013, y la primera parte del artículo 1195 de la ordenanza de 2016 y de la ley de 2018, establecen, por igual, lo siguiente: *“Si un cambio de circunstancias imprevisible al momento de la celebración del contrato hace que su ejecución sea excesivamente onerosa para una parte, que no había aceptado asumir el riesgo, ésta*

puede solicitar una renegociación del contrato a su cocontratante. Ella debe continuar ejecutando sus obligaciones durante la renegociación.” La segunda parte del artículo 104 del anteproyecto de 2013 establecía lo siguiente: *“En caso de negativa de renegociación o fracaso en la renegociación, las partes pueden solicitar de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. En su defecto, una parte puede solicitar del juez que le ponga fin, en la fecha y condiciones que él fije.”* La ordenanza de 2016 modificó esto último, pues la segunda parte de su artículo 1195, que no sufrió ningún cambio en la ley de 2018, establece lo siguiente: *“En caso de negativa de renegociación o fracaso en la renegociación, las partes pueden convenir en la resolución del contrato, en la fecha y en las condiciones que ellas determinen, o solicitar de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de una parte, revisar el contrato o ponerle fin, en la fecha y condiciones que él fije.”* De manera que la teoría de la imprevisión fue consagrada dentro de límites rigurosos.

6. LOS CONTRATOS DE DEPENDENCIA Y LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

El Código Civil de Francia, a raíz de su reforma, contiene una disposición relativa a los contratos de dependencia, es decir, contratos celebrados entre dos partes, una de las cuales goza de una posición de dominio sobre la otra. Antes de mirar dicha disposición, conviene referirnos al artículo 49 del anteproyecto de 2013 y el artículo 1142 de la ordenanza de 2016 y de la ley de 2018, que idénticamente establecen lo siguiente: *“La violencia es una causa de nulidad, tanto cuando es ejercida por una parte, como por un tercero.”* Dicho esto, veamos la nueva norma sobre contratos de dependencia:

El anteproyecto de 2013 propuso lo siguiente:

“Hay igualmente violencia cuando una parte abusa del estado de necesidad o dependencia en el que se encuentra la otra, para obtener un acuerdo que ésta no hubiera suscrito si no se hubiera encontrado en esta situación de debilidad” (artículo 50).

La ordenanza de 2016 modificó lo anterior, así:

“Hay igualmente violencia cuando una parte, abusando del estado de dependencia en el que se encuentra su cocontratante, obtiene de él un acuerdo que no hubiera suscrito en ausencia de tal presión y logra una ventaja manifiestamente excesiva” (artículo 1143).

La ley de 2018 reformó esto último, estableciendo lo que sigue:

“Hay igualmente violencia cuando una parte, abusando del estado de dependencia en el que se encuentra su cocontratante respecto de ella, obtiene de él un acuerdo que no hubiera suscrito en ausencia de tal presión y logra una ventaja manifiestamente excesiva” (artículo 1143).

La última reforma, que excluye que exista violencia si ésta proviene de un tercero, confirma que dicho artículo 1143 está referido a los contratos de dependencia, o sea, contratos en los que una de las partes tiene una posición de dominio respecto de la otra.

La *“ventaja manifiestamente excesiva”*, mencionada en el artículo que acabamos de citar, se parece al *“equilibrio significativo”*, a que alude el artículo sobre cláusulas abusivas previamente transcrito.

El francés François Chénéde, en su trabajo sobre la reforma del Código Civil,³⁴ expresó, sobre los contratos de dependencia, lo siguiente:

“...categoría de contratos asimétricos: los “contratos de dependencia”... Ya no se trata de contratos de consumo en masa ofrecidos para la adhesión al público..., sino de contratos de producción o de distribución que colocan a una de las partes en dependencia económica de la otra (afiliación, suministro exclusivo, franquicia, etc.).”

Dicho autor establece una diferenciación entre los contratos de dependencia y los contratos de adhesión. Ahora bien, en nuestro criterio, el contrato de dependencia es, además, un contrato de adhesión, en la

³⁴ Chénéde, François: Le Contrat d'Adhesion de l'Article 1110 du Code Civil, en La Semaine Juridique, No. 27, 4 de julio de 2016, disponible en: http://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier5.pdf

medida en que tenga un conjunto de cláusulas no negociables redactadas con anticipación por quien tiene la posición de dominio. Pero éste no siempre es el caso, pues hay contratos de dependencia cuyas cláusulas no son pre-redactadas y no negociables, los cuales, por ende, no califican como contratos de adhesión. Sin embargo, es raro que un contrato de distribución o un contrato de franquicia no tengan un conjunto de cláusulas no negociables redactadas con anticipación por quien tiene la posición de dominio, que es la nota característica del contrato de adhesión. Lo importante es entender que no se puede establecer una generalización según la cual los contratos de dependencia son contratos de adhesión, sino que hay que ver caso por caso. Al respecto, el profesor Morles³⁵ nos enseña lo siguiente:

“...se ha sugerido que se asimilen a los contratos de adhesión los contratos de dependencia y los contratos de negocios entre partes con desigualdad económica. Esta ampliación del ámbito de los contratos de adhesión estaría totalmente fuera de la esencia original y de la concepción desarrollada por la doctrina y por la jurisprudencia.”

7. ARTÍCULOS RELEVANTES DEL ANTEPROYECTO DE 2013, LA ORDENANZA DE 2016 Y LA LEY DE 2018

Anteproyecto de Reforma de Derecho de las Obligaciones del Ministerio de Justicia Francés del 23 de octubre de 2013	Ordenanza No. 2016-131 del 10 de febrero de 2016 relativa a la Reforma del Derecho de los Contratos, del Régimen General y de la Prueba de las Obligaciones	Ley No. 2018-287 del 20 de abril de 2018 mediante la cual se ratificó dicha ordenanza
Contrato de adhesión		
Art. 8, 1ª parte: <i>“El contrato paritario es aquel cuyas estipulaciones son libremente negociadas entre las partes.”</i>	Art. 1110, 1ª parte: No fue modificado.	Art. 1110, 1ª parte: <i>“El contrato paritario es aquel cuyas estipulaciones son negociables entre las partes.”</i>
Art. 8, 2ª parte: <i>“El contrato de adhesión es aquel en el cual las estipulaciones esenciales, sustraídas a la libre discusión, fueron determinadas por una sola de las partes.”</i>	Art. 1110, 2ª parte: <i>“El contrato de adhesión es aquel en el cual las condiciones generales, sustraídas a la negociación, fueron determinadas con antelación por una de las partes.”</i>	Art. 1110, 2ª parte: <i>“El contrato de adhesión es aquel que incluye un conjunto de cláusulas no negociables, determinadas con antelación por una de las partes.”</i>

³⁵ Morles Hernández, Alfredo: Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión, Palabras del profesor Morles el día 26 de abril de 2018 en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el acto de presentación del libro Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión, por Carlos Eduardo Acedo Sucre.

Continúa cuadro...

Contrato de dependencia		
Art. 49: <i>“La violencia es una causa de nulidad...”</i>	Art. 1142: No fue modificado.	Art. 1142: No fue modificado.
Art. 50: <i>“Hay igualmente violencia cuando una parte abusa del estado de necesidad o dependencia en el que se encuentra la otra, para obtener un acuerdo que ésta no hubiera suscrito si no se hubiera encontrado en esta situación de debilidad.”</i>	Art. 1143: <i>“Hay igualmente violencia cuando una parte, abusando del estado de dependencia en el que se encuentra su cocontratante, obtiene de él un acuerdo que no hubiera suscrito en ausencia de tal presión y logra una ventaja manifiestamente excesiva.”</i>	Art. 1143: <i>“Hay igualmente violencia cuando una parte, abusando del estado de dependencia en el que se encuentra su cocontratante respecto de ella, obtiene de él un acuerdo que no hubiera suscrito en ausencia de tal presión y logra una ventaja manifiestamente excesiva.”</i>
Interpretación		
Art. 98: <i>“En caso de duda, la obligación se interpreta contra el acreedor y a favor del deudor.”</i>	Art. 1190: <i>“En caso de duda, el contrato paritario se interpreta contra el acreedor y a favor del deudor, y el contrato de adhesión contra quien lo propuso.”</i>	Art. 1168: No fue modificado.
Art. 101: <i>“En caso de ambigüedad, las cláusulas de un contrato de adhesión se interpretan contra la parte que las propuso.”</i>		
Cláusulas abusivas		
Art. 77: <i>“Una cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato puede ser suprimida por el juez a solicitud del contratante en cuyo detrimento es estipulada.</i>	Art. 1171: <i>“En el contrato de adhesión, toda cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, se reputa no escrita.</i>	Art. 1171: <i>“En el contrato de adhesión, toda cláusula no negociable, determinada con antelación por una de las partes, que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, se reputa no escrita.</i>
<i>La apreciación del desequilibrio significativo no está referida ni a la definición del objeto del contrato ni a la adecuación del precio a la prestación.”</i>	<i>La apreciación del desequilibrio significativo no está referida ni al objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio a la prestación.”</i>	<i>La apreciación del desequilibrio significativo no está referida ni al objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio a la prestación.”</i>
Cláusulas principales		
Art. 78: <i>“En los contratos sinalagmáticos, la falta de equivalencia de las obligaciones no es una causa de nulidad del contrato, a menos que la ley establezca otra cosa.”</i>	Art. 1168: <i>“En los contratos sinalagmáticos, la falta de equivalencia de las prestaciones no es una causa de nulidad del contrato, a menos que la ley establezca otra cosa.”</i>	Art. 1168: No fue modificado.
Art. 76: <i>“Toda cláusula que priva de su sustancia la obligación esencial del deudor se reputa no escrita.”</i>	Art. 1170: No fue modificado.	Art. 1170: No fue modificado.
Precio irrisorio		
Art. 75: <i>“Un contrato a título oneroso es nulo cuando, al momento de su formación, la contrapartida convenida en beneficio de quien se obliga es ilusoria o derisoria.”</i>	Art. 1169: No fue modificado.	Art. 1169: No fue modificado.

Continúa cuadro...

	Imprevisión	Imprevisión
<p>1ª parte del art. 104: “<i>Si un cambio de circunstancias imprevisible al momento de la celebración del contrato hace que su ejecución sea excesivamente onerosa para una parte, que no había aceptado asumir el riesgo, ésta puede solicitar una renegociación del contrato a son cocontratante. Ella debe continuar ejecutando sus obligaciones durante la renegociación.</i>”</p> <p>2ª parte del art. 104: “<i>En caso de negativa de renegociación o fracaso en la renegociación, las partes pueden solicitar de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. En su defecto, una parte puede solicitar del juez que le ponga fin, en la fecha y condiciones que él fije.</i>”</p>	<p>1ª parte del art. 1195: No fue modificado.</p> <p>2ª parte del art. 1195: “<i>En caso de negativa de renegociación o fracaso en la renegociación, las partes pueden convenir en la resolución del contrato, en la fecha y en las condiciones que ellas determinen, o solicitar de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de una parte, revisar el contrato o ponerle fin, en la fecha y condiciones que él fije.</i>”</p>	<p>1ª parte del art. 1195: No fue modificado.</p> <p>2ª parte del art. 1195: No fue modificado.</p>
Rescisión por lesión		
<p>Art. 78: “<i>En los contratos sinalagmáticos, la carencia de equivalencia en las obligaciones no es una causa de nulidad del contrato, a menos que la ley no disponga otra cosa.</i>”</p>	<p>Art. 1168: “<i>En los contratos sinalagmáticos, la carencia de equivalencia en las prestaciones no es una causa de nulidad del contrato, a menos que la ley no disponga otra cosa.</i>”</p>	<p>Art. 1168: No fue modificado.</p>

**LA REFORMA DE 2016
DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS:
LA INCORPORACIÓN DE LA TEORÍA
DE LA IMPREVISIÓN.
DR. ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ*,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

SUMARIO

Introducción. I. Cuestiones preliminares. II. Ámbito de la reforma de 2016 del Código civil francés. III. Fuentes y razones de la reforma de 2016 del Código civil francés. IV. Características formales y sustanciales de la reforma de 2016 del Código civil francés. V. La desaparición de la causa. VI. Las innovaciones espectaculares. VII. La revisión del contrato por imprevisión (artículo 1195).

* Doctor honoris causa en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

INTRODUCCIÓN

La reforma de 2016 del Código civil francés ha sido abordada por medio de una ordenanza. En Francia, una ordenanza es el producto de la acción legislativa del Poder Ejecutivo, encabezado por el Presidente de la República (“*Le Gouvernement*”), previamente habilitado para legislar por el Parlamento. Este procedimiento está previsto en el artículo 38 de la Constitución francesa de 1958¹.

La codificación por medio de ordenanza y “conforme a derecho constante” (conversión de la jurisprudencia consolidada en norma de derecho positivo) es una fórmula frecuentemente utilizada en Francia. La misma se empleó con ocasión de la actualización del Código de comercio francés el año 2000 (Ordenanza 2000-912 de 18 de septiembre de 2000, en aplicación de la Ley 99-1071 de 6 de diciembre de 1999)². El proceso es el siguiente: el Poder Ejecutivo presenta una solicitud al Parlamento para legislar en una materia determinada; una vez autorizado, el Poder Ejecutivo presenta un texto para regular la materia y solicita su aprobación; a continuación, el Parlamento somete a la consideración de los parlamentarios el texto presentado, el cual es aprobado o rechazado sin discusión alguna. Más adelante, el Poder Ejecutivo

¹ *ARTICLE 38. Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.*

² MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil, Tomo I*; Octava edición, primera reimpresión; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2014, p. 26.

presenta una solicitud de confirmación, la cual es otorgada o negada por el Parlamento, previo examen parlamentario del texto.

El gobierno francés obtuvo la autorización para legislar por ordenanza (Ley N° 2015-177 de 15 de febrero de 2015 relativa a la modernización y a la simplificación del derecho y de los procedimientos en los ámbitos de la justicia y de interior). El proyecto de ordenanza fue publicado el 25 de febrero de 2015; fue sometido a consulta pública la primavera de 2015; y la ordenanza fue promulgada el 10 de febrero de 2016³ (Ordenanza N° 2016-131 del 10 de febrero de 2016). El plazo para presentar la solicitud de confirmación era de seis meses a partir de su publicación (antes del 11 de agosto de 2016) cosa que fue hecha el 6 de julio de 2016 por medio del proyecto de ley N.º 3928. Por último, mediante ley N.º 2018-287 del 20 de abril de 2018 -hoy 11 de mayo de 2018 hace apenas 21 días- ha sido ratificada la Ordenanza N.º 2016-131 del 10 de febrero de 2016, después de casi dos años de haber sido presentada la solicitud de confirmación. Como ha sido explicado por juristas franceses, la ley de ratificación es importante por tres razones: cierra el proceso de reforma abierto por la ley de habilitación del 16 de febrero de 2015; transforma la naturaleza y el estatus jurídico de la Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero de 2016, la cual había mantenido hasta ahora el carácter de “acto reglamentario” y accede al rango de ley; aparte de la ratificación, la ley introduce un cierto número de cambios. Son retocados 21 artículos del Código; se introducen 2 nuevos artículos en el Código monetario y financiero; y se incorpora una precisión al artículo 9 de la Ordenanza relativa a la aplicación en el tiempo de los textos de 2016. En todo caso, se ha señalado que las modificaciones introducidas por la ley de ratificación no son de tal entidad como para hablar de la reforma de la reforma, sino que “se trata, más bien, de una ratificación-rectificación cuya amplitud es más bien modesta en relación con el número de disposiciones del Código civil reelaboradas por la Ordenanza”⁴. Ha sido reseñado que el conjunto de la reforma

³ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos” (Este texto es la versión ligeramente aumentada de la conferencia dictada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de junio de 2016), pp. 718-719. Disponible en Internet: https://www.boe.es/...derecho/abrir_pdf.php?DERECHO...El_nuevo_Derecho_franc...

⁴ DESHAYES, Olivier; GENICON, Thomas; LAITHIER, Yves-Marie: “Ratification de l’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des

contenido en la Ordenanza fue adoptado sin dificultad; que solo tres o cuatro puntos de desacuerdo condujeron a la formación de una comisión mixta paritaria después de dos exámenes en cada asamblea; y que la comisión llegó rápidamente a proponer un texto, votado favorablemente por las dos asambleas⁵.

Con ocasión de la habilitación para legislar por ordenanza para la reforma del derecho de las obligaciones y contratos, el principio mismo de la habilitación fue controvertido en el Senado, donde se dijo que “La República ha querido que la ley sea redactada no por los juristas, por más brillantes y competentes que sean, sino por los representantes de la Nación”; y en la sesión del 21 de enero de 2014, el presidente de la comisión de leyes del Senado, Jean-Pierre Sueur, invocó el famoso discurso preliminar de Portalis, uno de los célebres redactores del Código civil de 1804, al presentar su proyecto de Código civil: “El plan que hemos trazado para estas instituciones ¿cumplirá la finalidad que nos hemos propuesto? Solicitamos alguna indulgencia para nuestros débiles trabajos, en favor del celo que los ha sostenido y estimulado. Nos mantendremos, sin duda, por debajo de las esperanzas honorables que se han mantenido sobre nuestra misión: pero lo que nos consuela es que nuestros errores no son irreparables: una discusión solemne, una discusión esclarecida los reparará”. A estas observaciones la Ministra de Justicia, Madame Christiane Taubira, respondió que no se trataba de “expropiar” las funciones legislativas del Parlamento, puesto que había oportunidades para que éste introdujera cambios o corrigiera errores, sino de acelerar un proceso necesario para simplificar, clarificar y modernizar el derecho. Sometido a votación, el proyecto de ley habilitante fue rechazado el 23 de enero de 2014 por el Senado por unanimidad menos un voto (346 a 1). Como en esta materia la Asamblea Nacional tenía la última palabra, este cuerpo legislativo autorizó la habilitación (Ley de 16 de febrero de 2015)⁶.

obligations. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018»; La Semaine Juridique, Édition Générale, 30 avril 2018, Hebdomadaire, N° 18. Internet: <http://www.lexiskiosque.com/catalog/jcp-g>

⁵ El expediente legislativo de la ley de ratificación puede ser consultado en las direcciones siguientes: http://www.assemblee-nationale.fr/15/dossiers/ratification_ordonnance_2016_131.asp; <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl16-578.html>

⁶ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats*; Dalloz, Paris 2017, pp.46-51.

La Ordenanza estuvo acompañada de una exposición de motivos, cuyo título es *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*⁷. La reforma del derecho francés de las obligaciones y contratos contenida en la Ordenanza N° 2016-131 de 10 de febrero de 2016 “relativa a la reforma del Derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones” consta de 353 artículos, entró en vigor a partir del 1° de octubre del mismo año y será aplicable a los contratos que se celebren con posterioridad a esa última fecha.

Como es natural, la reforma del Código civil francés ha suscitado un gran interés a nivel mundial, porque la cultura francesa, de la cual forma parte su ordenamiento jurídico, ha tenido una enorme influencia universal. En Venezuela, específicamente, cuyos códigos de derecho privado han recibido desde los inicios de la etapa republicana la influencia de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia francesas, se han conmemorado dignamente tanto el bicentenario del Código civil francés como el bicentenario del Código de Comercio francés. A la cabeza de esas celebraciones ha estado la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, con la publicación de libros conmemorativos⁸. En la universidad venezolana hay también un justificado interés por conocer el alcance de la reforma legislativa francesa. Muestra de ese interés es la celebración de esta jornada en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a iniciativa del profesor Lucano Lupini Bianchi -de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas- quien ya ha publicado un estudio preliminar en el N.º 156 (2017) del Boletín de la citada Academia⁹.

⁷ Informe (*Rapport au Président de la République*) disponible en Internet: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>

⁸ -*El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI: en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*; (Coordinadora: Irene de Valera); Academia de Ciencias Políticas-Embajada de Francia en Venezuela-Asociación Franco Venezolana de Juristas; Caracas 2005. -*Libro Homenaje del Bicentenario del Código de Comercio Francés*; (Libro coordinado por Alfredo Morles Hernández con Irene de Valera); Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar en la ponencia que me corresponde desarrollar sobre el punto de la teoría de la imprevisión y de hacer algunas menciones puntuales a otros aspectos de la reforma de 2016 de la legislación civil francesa, estimo que es muy importante hacer notar que en el proceso de elaboración de la ley de ratificación dictada hace 21 días se aclararon dos puntos relacionados con la interpretación de la ley, el relativo al carácter supletivo o imperativo de las normas del Código civil y el relacionado con el conflicto entre las reglas generales y las reglas especiales.

Tal como lo relatan los comentaristas Deshayes, Genicon y Laithier en *La Semaine Juridique* N° 18 de 30 de abril de 2018, en los debates parlamentarios de ratificación se propuso que se incorporara una disposición en el Código civil que dijera que los textos que no indicaran expresamente que eran de orden público tenían carácter supletivo. Hasta se llegó a presentar un proyecto de enmienda orientada a que se hiciera una lista de todas las disposiciones imperativas. Ambas cámaras se opusieron a tales agregados, recordando que el Informe (*Rapport*) al presidente de la República que acompañaba a la ordenanza indicaba que la supletividad es la regla, por lo cual esta regla debía tenerse por incorporada al texto. El parlamento observó, además, que con la incorporación de una regla como la propuesta se corría el riesgo de llegar a resultados aproximados: los artículos que contienen definiciones no se prestan precisamente al juego de la oposición entre lo supletivo y lo imperativo; si se adopta una lista, se corre el riesgo de que sea incompleta o superada. Se estimó entonces preferible reconocerle al juez la carga de decidir si ante el silencio de la ley tal o cual norma es o no de orden público¹⁰.

⁹ LUPINI, Luciano: “La Reforma del Código Civil francés de 2016. Principales innovaciones en materia de responsabilidad precontractual y formación de los contratos”; N.º 156 del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2017, pp. 1451 y siguientes. Internet: <http://www.acienpol.org.ve/>

¹⁰ DESHAYES, Olivier; GENICON, Thomas; LAITHIER, Yves-Marie: “Ratification de l’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018»; *op.cit.*, p. 887.

Los mismos comentaristas en la misma publicación citada informan que de los trabajos preparatorios se deriva que el parlamento se rehusó a consagrar una solución única al conflicto entre las reglas generales (o de derecho común) y las reglas especiales. Es sabido que una parte de la dificultad es resuelta por el artículo 1105 del Código civil: las reglas generales no se aplican sino “bajo reserva” de las reglas especiales, lo cual implica que las segundas desplazan a las primeras cuando no son compatibles entre sí. Pero ¿qué ocurre cuando un régimen especial no dice nada sobre un punto sobre el cual disponen las reglas generales o bien es compatible con esas reglas generales? ¿Puede decirse entonces que se aplican estas últimas? La respuesta que se deriva de los trabajos preparatorios es matizada. El informe de la Comisión de leyes antes del examen de la primera lectura indica específicamente “que se debe hacer una apreciación caso por caso, tomando en cuenta la coherencia interna del derecho especial, porque una aplicación simultánea del derecho común y del derecho especial, si bien es formalmente posible, no siempre es pertinente o justificada. En particular, la aplicación del derecho común puede conducir a desnaturalizar la coherencia o a desconocer el espíritu del derecho especial”¹¹.

La doctrina francesa ha puesto de relieve que la transformación del derecho francés de obligaciones y contratos resulta de *abandonos* y de *añadidos*. Abandonos notables, como la distinción entre *obligaciones de hacer, de no hacer y de dar*, sustituidas por la noción general de *prestación*; las *buenas costumbres*, concepto considerado obsoleto con relación a la evolución de la sociedad y ya progresivamente abandonado por la jurisprudencia; la mayoría de los consejos de *interpretación* de los artículos 1158 y siguientes —el pequeño “asno-guía” del decano Carbonnier— “*poco o nada utilizado por la jurisprudencia y cuya utilidad no está comprobada*”¹². También se ha hecho referencia a la supresión del término *convención* y a las nociones de *causa* y de *objeto* del contrato, sustituidos por el *contenido del contrato* (artículo 1128 y artículos 1162 y siguientes).

¹¹ DESHAYES, Olivier; GENICON, Thomas; LAITHIER, Yves-Marie: “Ratification de l’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018»; *op.cit.*, p. 887.

¹² SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, pp.729-730.

II. ÁMBITO DE LA REFORMA DE 2016 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

De acuerdo con la solicitud de habilitación para legislar dirigida por el gobierno francés al parlamento, la ordenanza estaría dirigida a cumplir los siguientes propósitos:

1º, consagrar los principios generales del derecho de los contratos, tales como la buena fe y la libertad contractual; enumerar y definir las principales categorías de contratos; precisar las reglas relativas a los procesos de conclusión del contrato, incluyendo los concluidos por vía electrónica, a fin de aclarar las disposiciones aplicables en materia de negociación, de oferta y de aceptación del contrato, especialmente en cuanto se trata de la fecha y del lugar de su formación, de la promesa de contrato y del pacto de preferencia;

2º, simplificar las reglas aplicables a las condiciones de validez del contrato, que comprenden aquellas relativas al consentimiento, a la capacidad, a la representación y al contenido del contrato, consagrando, en particular, el deber de información y la noción de cláusula abusiva, e introduciendo disposiciones que permitan sancionar el comportamiento de la parte que abuse de la situación de debilidad de la otra;

3º, proclamar el principio del consensualismo y exponer sus excepciones, indicando las principales reglas aplicables a la forma del contrato;

4º, establecer reglas claras en relación con la nulidad y la caducidad que sancionen las condiciones de validez y de la forma de los contratos;

5º, aclarar las disposiciones relativas a la interpretación del contrato y especificar aquellas que son propias de los contratos de adhesión;

6º, precisar las reglas relativas a los efectos del contrato entre las partes y con respecto a terceros, consagrando la posibilidad para éstas de adaptar el contrato en caso de cambio imprevisible de circunstancias;

7º, aclarar las reglas relativas a la duración del contrato;

8º, reagrupar las reglas aplicables a la inexecución del contrato e introducir la posibilidad de una resolución unilateral por medio de notificación;

9º, modernizar las reglas aplicables a la gestión de negocios y al pago de lo indebido y consagrar la noción de enriquecimiento sin causa;

10º, introducir un régimen general de las obligaciones, clarificar y modernizar sus reglas; precisar, en particular, aquellas relativas a las diferentes modalidades de la obligación, distinguiendo las obligaciones condicionales, a término, acumulativas, alternativas, facultativas, solidarias y de prestación indivisible, adaptar las reglas sobre el pago y explicitar las reglas aplicables a las otras formas de extinción de la obligación resultantes de la remisión de deuda, de la compensación y de la confusión;

11º, reagrupar el conjunto de operaciones destinadas a modificar la relación obligatoria; consagrar, entre las principales acciones a disposición del acreedor, las acciones dirigidas al pago previstas por la ley; modernizar las reglas relativas a la cesión de crédito, a la novación y a la delegación; consagrar la cesión de deuda y la cesión de contrato; precisar las reglas aplicables a las restituciones, especialmente en caso de aniquilación del contrato;

12º, aclarar y simplificar el conjunto de reglas aplicables a la prueba de las obligaciones; en consecuencia, enunciar primero las relativas a la carga de la prueba, a las presunciones legales, a la autoridad de la cosa juzgada, a las convenciones sobre la prueba y a la admisión de la prueba; precisar, luego, las condiciones de admisibilidad de los modos de prueba de los hechos y de los actos jurídicos; detallar, en fin, los regímenes aplicables a los diferentes medios de prueba;

13º, arreglar y modificar todas las disposiciones de naturaleza legislativa que permitan asegurar la puesta en práctica de las modificaciones y aprovechar las consecuencias de la reforma¹³.

En los ámbitos tratados por la ordenanza el alcance de la reforma es de importancia desigual¹⁴.

Se ha afirmado que una primera observación sobre el ámbito de la ordenanza pone de relieve una aparente paradoja, pues el texto tiene un

¹³ Internet: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4DC6A1CD12359BFD2607D58C4684D977.tplgfr39s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032009282&cidTexte=LEGI TEXT000006070721&dateTexte=20180416

¹⁴ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos” *op. cit.*, pp. 717-718.

objeto más amplio y, a la vez, más limitado, que el propiamente relativo al derecho de las obligaciones y contratos. Más amplio, ya que la ordenanza trata del régimen general, es decir, de las reglas aplicables a todas las obligaciones cualquiera que sea su fuente (modalidades de la obligación, operaciones sobre las obligaciones, acciones abiertas al acreedor, extinción de la obligación y restituciones), así como a la prueba de las obligaciones. También trata de los cuasicontratos en el título relativo a otras fuentes de las obligaciones. Solo le falta la responsabilidad civil, cuya tarea de reformarla el gobierno la deja al Parlamento por la razón de que no existe consenso sobre esta materia. Este “exceso” es especialmente importante, se afirma, porque el título de la ordenanza no cubre todo. Más limitado, ya que para el derecho de obligaciones y contratos la reforma no es tan amplia como el título de la ordenanza podría hacer pensar, pues solo el derecho común de obligaciones y contratos resulta afectado, no el derecho de los contratos especiales. En materia de prueba de las obligaciones y de cuasicontratos la ordenanza legisla la mayor parte del tiempo “a derecho constante”, recogiendo numerosos textos y soluciones consagradas por la jurisprudencia. Esto sucede a menudo incluso en el régimen general de las obligaciones, donde de todas maneras se pueden observar innovaciones notables, como la supresión de la retroactividad en el cumplimiento de la obligación suspensiva, la disminución de las formalidades de la cesión de crédito y la consagración de la cesión de deuda¹⁵.

El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos modifica los antiguos artículos 1101 y siguientes del Código civil que habían permanecido prácticamente sin cambios desde 1804; redacta de nuevo y en su totalidad los Títulos III a IV bis del Libro III del Código Civil; como el antiguo, se aplica a todos los contratos bajo reserva de ciertas reglas particulares a algunos de ellos. Las opiniones en torno a la reforma oscilan entre los más grandes elogios (es “una gran reforma”, es “el mayor cambio desde la promulgación del Código civil de 1804”) y los más modestos señalamientos (“tiene mucha consolidación y poca transformación”; es “el mismo derecho con algunos retoques”; “tiene

¹⁵ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, pp. 717-718.

contadas innovaciones”; es, “en su mayor parte, el mismo que el antiguo, predominantemente de origen jurisprudencial”).

III. FUENTES Y RAZONES DE LA REFORMA DE 2016 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

La reforma del derecho civil francés ha atravesado un largo período, que se extiende desde finales del siglo XIX hasta comienzos del siglo XXI. Desde el centenario del Código civil la idea había sido agitada, entre otras circunstancias, por la adopción del Código civil alemán -el BGB- puesto en vigor el 1º de enero de 1900 (había en la época partidarios y opositores ardientes de la reforma, citándose a Planiol y a Gaudemet entre estos últimos); se constituyó una comisión legislativa para redactar un ante proyecto de Código civil que no produjo ningún resultado; entre 1804 y 1960 se hicieron unas pocas modificaciones (quedaron intactas las tres cuartas partes del texto, entre ellas las relativas al derecho común de las obligaciones); a raíz de la Segunda Guerra Mundial se constituyó una nueva comisión de reforma del Código civil, presidida por el profesor Julliot de la Morandière, pero sus trabajos, que no fueron más allá de la refacción del libro preliminar del Código y del Libro primero sobre las personas físicas y la familia, fueron abandonados; el acercamiento del bicentenario del Código civil y las celebraciones mismas reanimaron el movimiento dirigido a la reforma, reforma que ha dividido la materia en varias partes (prescripción/contratos y régimen de las obligaciones/responsabilidad), habiéndose escogido distintas vías legislativas para llevarla a cabo: la materia de la prescripción surgió de una proposición de ley, es decir, de una iniciativa parlamentaria (el Senado); la de los contratos y obligaciones, se realizó por la vía de la ordenanza (es la menos sensible políticamente y la más técnica); la de la responsabilidad debería seguir la vía parlamentaria a iniciativa del Gobierno¹⁶.

La reforma de la legislación civil francesa se produce en el contexto de los movimientos de reforma que se han acentuado a partir del final de

¹⁶ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op.cit.*, pp. 1-3.

la Segunda Guerra Mundial, movimientos que incluyen la participación activa de los juristas franceses, junto a los juristas de los otros países europeos, de las organizaciones de la sociedad civil, de las universidades, de los consumidores, de los sectores económicos y de los órganos gubernamentales (parlamentos, poderes ejecutivos, poderes judiciales) que han dado como resultado un valioso intercambio de experiencias y de elaboración de textos de armonización de diversa estructura. Por ello se ha podido decir que la reforma se inscribe dentro de la construcción europea, que la reforma del derecho francés de los contratos está vinculada a los trabajos sobre el derecho europeo de los contratos¹⁷, trabajos que han sido llevados a cabo bajo la influencia de las vicisitudes de la construcción del mercado común europeo, de la globalización y de la sucesión de los ciclos de auge y de crisis de la economía, de avance y de repliegue¹⁸, trabajos de elaboración del derecho privado europeo que algunas veces han suscitado “los más vivos temores, las esperanzas más atrevidas y las decepciones más amargas”¹⁹. La reforma de la legislación francesa de los contratos y de las obligaciones era una necesidad. Desde nuestro país, el profesor Luciano Lupini había señalado que la reforma del régimen general de los contratos y obligaciones se había tardado demasiado, en comparación con otras materias como la regulación de las personas, la familia y las sucesiones²⁰. En todo caso, se ha observado que a pesar de la globalización y del intenso intercambio contractual internacional, el derecho de los contratos conserva, después de dos siglos de codificaciones nacionales, una sustancia y un carácter propios, lo mismo que ocurre con el derecho de la responsabilidad, el derecho de los bienes y el derecho de la familia²¹.

¹⁷ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op.cit.*, p. 7.

¹⁸ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op.cit.*, pp. 9-39.

¹⁹ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op.cit.*, p. 13.

²⁰ LUPINI, Luciano: “La Reforma del Código Civil francés de 2016. Principales innovaciones en materia de responsabilidad precontractual y formación de los contratos”. *op. cit.*, p. 1454.

²¹ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op.cit.*, p. 17.

La ordenanza de 10 de febrero de 2016 marca el fin de un largo proceso que se inició con motivo del bicentenario del Código civil, marcado por la elaboración de múltiples proyectos. Dos proyectos “de profesores”: el Anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones y de la prescripción, llamado “proyecto Catalá”, difundido en 2006²²; y los proyectos de reforma del derecho de contratos, de la responsabilidad civil y del régimen general de las obligaciones elaborados por la Academia de Ciencias Morales y Políticas, llamados “proyectos Terré”, se escalonan de 2009 a 2013²³. Al mismo tiempo, la Oficina de Derecho de obligaciones de la Cancillería preparó varios proyectos oficiales inspirándose en uno u otro de los proyectos “de profesores”.

A la hora de justificar la reforma, se ha invocado un conjunto de razones: la existencia de lagunas en el texto vigente; la discrepancia del derecho formalmente vigente con el derecho vivo presente en la jurisprudencia; y la ausencia de atractivo de las soluciones proporcionadas por sus normas, que no ofrecen seguridad jurídica en una época de franca competencia entre los ordenamientos jurídicos a nivel internacional. En tal sentido se ha precisado que el Código civil tiene importantes lagunas, principalmente en lo que se refiere a la conclusión del contrato, que ignora totalmente. Sus disposiciones no reflejan más el derecho vivo²⁴ que en realidad se encuentra en una abundante jurisprudencia y en la legislación especial sobre todo en materia de protección a los consumidores. El derecho francés es de acceso difícil, fluctuante y a veces incierto, ya no es por tanto un modelo para otros países ni para los

²² Anteproyecto de Reforma del Título de las Obligaciones del Código civil francés presentado al Ministro de Justicia a través del Informe (*Rapport*) Catala de 22 de septiembre de 2005. MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: “La teoría de la imprevisión en el derecho privado: las crisis económicas como supuestos de revisión del contrato”, en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación, Tomo IV (1915-2015)*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales: Caracas 2015, p. 2421.

²³ Disponibles en el sitio web del Ministerio de Justicia francés. El mismo profesor François TERRE hizo las siguientes publicaciones: (i) *Pour une réforme du droit des contrats*. dir. F. Terré. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009; (ii) *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*; dir. F. Terré; Dalloz 2011; (iii) *Pour une réforme du régime général des obligations*; dir. F. Terré; Dalloz 2013.

²⁴ LUPINI dijo que la letra de la ley francesa había experimentado un paulatino proceso de “momificación”. LUPINI, Luciano: “La Reforma del Código Civil francés de 2016. Principales innovaciones en materia de responsabilidad precontractual y formación de los contratos”: *op. cit.*, p. 1457.

proyectos de armonización europea. Sobre todo, ya no resulta atractivo para los contratantes extranjeros. En cualquier caso, la reforma también pretende conservar el espíritu del Código Civil, que el gobierno considera “a la vez favorable a un consensualismo propio a los intercambios económicos y protector de los más débiles”. La ordenanza persigue tres objetivos: (i) prioritariamente, aumentar la seguridad jurídica, lo cual requiere hacer más inteligible y más accesible el derecho de las obligaciones y contratos; (ii) en segundo lugar, reforzar el atractivo del derecho francés, gracias a la seguridad (el abandono de la noción de causa aparece entre las numerosas modificaciones previstas para reforzar el atractivo del derecho francés) y a otros medios, como la consagración de instituciones surgidas de la práctica (la cesión de contrato); (iii) en fin, garantizar la justicia contractual. Según el gobierno, “Reforzar el atractivo de nuestro Derecho no implica por eso renunciar a soluciones equilibradas, protectoras de las partes, pero al mismo tiempo eficaces y adaptadas a las evoluciones de la economía de mercado. Un derecho común de obligaciones y contratos más seguro, más eficaz, más justo, esto es lo que finalmente se supone que la ordenanza debe proporcionar”, según señala con fuerza la doctrina²⁵. Los objetivos de la reforma han sido resumidos por algunos observadores en tres grandes propósitos: hacer del derecho de los contratos un derecho más inteligible y accesible; ofrecer a la parte débil en la relación contractual una protección reforzada; y hacer del derecho francés un ordenamiento jurídico más atractivo para las empresas en el ámbito internacional.

IV. CARACTERÍSTICAS FORMALES Y SUSTANCIALES DE LA REFORMA DE 2016 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Desde el punto de vista formal, se ha señalado, en sentido positivo, que “*por sus enunciados bastante cortos, los nuevos textos son, en todo caso, más próximos de los del Código civil de 1804 que de los de los proyectos de armonización europea con sus largos artículos de escritura tecnocrática, divididos en múltiples párrafos en el enunciado del*

²⁵ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, pp. 718-719.

*presupuesto o en las consecuencias de la regla. El estilo bastante plano de la ordenanza la hace fácilmente comprensible, incluso para una persona que no posea formación jurídica, tal y como el gobierno desea*²⁶.

El nuevo plan del Código ha sido calificado como *profundamente innovador*:

a. en el Código civil el derecho común de obligaciones y contratos se encuentra en el Título III del Libro III, “De los contratos u obligaciones convencionales en general”. Desde el siglo XIX una parte de la doctrina criticó a los redactores por haber confundido la causa y el efecto y por haber enunciado, a propósito del contrato, reglas relativas a la obligación en general;

b. la Ordenanza rectifica esta presentación. El nuevo Título III se titula “De las fuentes de las obligaciones”; el Título IV “Del régimen general de las obligaciones”; y el Título IV bis “De la prueba de las obligaciones”. El Código civil francés reformado es el primero en construir así el derecho de obligaciones sobre la oposición de las fuentes y del régimen de las obligaciones, considerada más científica que la del Código civil de 1804;

c. el contrato, que figura en el primer rango de las fuentes, recibe una nueva definición ampliada que no solo engloba el acuerdo de voluntades creador de obligaciones, sino también los que tienen por objeto modificar, transmitir y extinguir obligaciones [*Article 1101: “Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations”*]. La exposición de su régimen se ha reconstruido. Tras exponer principalmente en sus disposiciones preliminares la definición renovada del contrato y la afirmación de los principios que lo gobiernan, el texto desarrolla, en los capítulos sucesivos: la formación del contrato (arts. 112 a 1187), su interpretación (arts. 1188 a 1192) y sus efectos (arts. 1193 a 1231-7). La formación engloba la conclusión del contrato (arts. 1112 a 1127-6), su validez (arts. 1128 a 1171), su forma (arts. 1172 a 1177) y las sanciones (arts. 1178 a 1187). Los efectos del contrato oponen los efectos entre las partes (arts. 1193 a 1198) y los efectos en relación con los terceros (arts. 1199 a 1209). Añadiéndose

²⁶ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, p. 721.

las disposiciones sobre la duración del contrato (arts. 1210 a 1215), la cesión del contrato (arts. 1216 a 1216-3) y el incumplimiento del contrato (arts. 1217 a 1231-7). Sobre el plan formal, observa Savaux, la seguridad buscada parece globalmente alcanzada²⁷.

La doctrina afirma que en su conjunto la presentación es clara; que permite tener un conocimiento fácil del régimen del contrato desde los primeros contactos entre los negociadores hasta las últimas consecuencias del incumplimiento, que la ordenanza expone de manera sintética por primera vez. También se afirma que sobre el plan formal la seguridad jurídica parece globalmente alcanzada, pero que ella también depende del contenido de los textos²⁸.

Sobre el fondo, afirma Savaux, los textos no contienen más que un número limitado de innovaciones. A propósito de ello, el informe al presidente de la República indica que, con el fin de instaurar la seguridad jurídica, que solo el Derecho positivo permite *“la ordenanza prevé para la mayor parte de su texto una codificación a Derecho constante de la jurisprudencia, retomando soluciones que, si bien no recoge el Derecho positivo, están muy asentadas en el paisaje jurídico francés”*²⁹. La reforma concierne a más de 350 artículos del Código civil. El Profesor Eric Savaux puntualiza:

Un recuento aproximado demuestra que sobre los 151 artículos que constituyen el nuevo derecho común de obligaciones y contratos, más de la mitad (alrededor de 77) codifican soluciones jurisprudenciales. Una cincuentena de otros artículos retoma disposiciones del Código de 1804, reescribiéndolos en mayor o menor medida. Es el caso particular de los artículos 1231 a 1231-7, que reproducen casi literalmente los artículos 1146 a 1153-1 a la espera de la reforma de la responsabilidad. No queda, por consiguiente, mucho espacio para las novedades. Menos de una veintena de disposiciones enuncian reglas originales y solo cinco artículos desafían a la jurisprudencia. Por tanto, el nuevo derecho francés de obligaciones y contratos se parece mucho al antiguo. Si no al del Código

²⁷ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, p. 722.

²⁸ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, pp. 720-721.

²⁹ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, p. 723.

*de 1804, al menos al que la jurisprudencia ha construido sobre él. La modificación de la letra de la ley tiene el mérito de ponerla de conformidad con el derecho vivo, haciéndola más accesible. Pero el progreso del Derecho no puede venir solo de la cristalización de la labor de la jurisprudencia, que incluso puede entorpecerla*³⁰.

En este relato resalta el lugar modesto que se asigna a las innovaciones:

*“...aunque en número limitado, hay innovaciones importantes, incluso a veces verdaderas rupturas, más bien tomadas del proyecto “Terré”, el cual a su vez se había inspirado en los proyectos de armonización europea. Es por esta vía que el nuevo Derecho común de obligaciones y contratos, de inspiración muy nacional, se abre un poco a la influencia internacional*³¹.

El nuevo derecho civil francés es, en su mayor parte, el mismo que el antiguo, predominantemente de origen jurisprudencial. Por razones de seguridad y de accesibilidad, el legislador encerró el Derecho en la Ley, pero el derecho no cambió, salvo contadas excepciones. El objetivo de hacer más atractivo el ordenamiento jurídico francés se hubiera malogrado si el nuevo régimen no respondiera a las necesidades contemporáneas de la práctica y a los desafíos de la competencia internacional entre los sistemas jurídicos. Por eso la ordenanza contiene innovaciones, aunque en número limitado, si bien de importancia esencial en cuanto al fondo. En resumen, el nuevo derecho francés de obligaciones y contratos tiene mucho de consolidación (conversión de la jurisprudencia en norma de derecho positivo) y un poco de transformación³².

V. LA DESAPARICIÓN DE LA CAUSA

Juristas prestigiosos han dicho que la Ordenanza consagra en el Código civil la noción de “contenido” del contrato, adoptada por los

³⁰ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, p. 723.

³¹ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, pp. 723-724.

³² SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, p. 724.

PDEC (Principes de derecho europeo de los contratos), los DCFR (*Draft Common Frame of Reference*) (DCFR, capítulo 9 “*contenu et effet des contrats*) y los PU (Principios de Unidroit), incluyendo en ella lo que en el derecho francés se deriva del objeto y de la causa³³. Se agrega que “Las cuestiones relativas al objeto del contrato, cuyo interés reside esencialmente en su conformidad con el orden público o las buenas costumbres, son tratadas de ahora en adelante bajo el ángulo de la licitud del contrato en el artículo 1162, que recuerda que “el contrato no puede derogar el orden público ni por sus estipulaciones ni por su fin”. La causa ya no constituye, expresamente, una condición de validez del contrato ni es así ya más considerada en el artículo 1128 que reemplaza al antiguo artículo 1108 del Código civil”³⁴. Se ha puesto de relieve que el contenido del contrato no era una noción desconocida por la doctrina francesa y se recuerda la referencia que a ella hacía Jean Carbonnier en relación con el objeto del contrato y su incorporación en los proyectos europeos e internacionales. También se señala la inexistencia de la noción de causa en los países vecinos de Francia (Inglaterra, Escocia, Alemania y los Países Bajos) y que cuando los expertos de diversos países se han reunido para elaborar modelos internacionales o incluso europeos, no han considerado la causa³⁵.

La causa ha sido estimada por algunos juristas franceses como una de las nociones de mayor incertidumbre del derecho francés, habiéndose señalado que la jurisprudencia desarrolló el concepto para precisar la razón de ser del compromiso de las partes³⁶. La causa desaparece en la ordenanza como condición de validez del contrato (artículo 1128). Sin embargo, las soluciones fundadas sobre esta noción se mantienen: el contrato no puede derogar el orden público ni por sus estipulaciones ni por el fin que pretenda conseguir (artículo 1162) y el contrato a título oneroso es nulo en caso de contrapartida ilusoria o irrisoria en el

³³ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op.cit.*, pp. 162-163.

³⁴ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op.cit.*, pp.162-163.

³⁵ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op.cit.*, p.163.

³⁶ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op.cit.*, p. 165

momento de su formación (artículo 1169). A este respecto se ha observado que se han incorporado en el texto de la reforma también las soluciones más discutidas en su momento, como la de la sentencia *Chronopost*, consagrada por el artículo 1170, a cuyo tenor, «*toda cláusula que prive de su sustancia a la obligación esencial del deudor se reputará no escrita*». El control de la conformidad del contrato con los imperativos mayores de la organización social se hará sobre la base del artículo 1162, el cual señala que «*el contrato no puede derogar el orden público a través de sus estipulaciones, ni por la finalidad que pretenda conseguir...*»³⁷.

Observa a propósito de esta situación el profesor Savaux: “*Cambiar todo sin cambiar nada, ésa sería la intención. Es una apuesta imposible, porque si las soluciones consagradas se basan efectivamente sobre la causa, ésta continuará guiando su aplicación, con todas las discusiones correspondientes. Solo desaparecerá la palabra, no la institución*”³⁸.

El proceso de ratificación de la Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero de 2016 ha servido, no para reincorporar la causa en el texto del Código civil, cosa que, por cierto, ha sido propuesta formalmente en las sesiones parlamentarias, pero sí para que se ratificara el pensamiento que había sido expresado en el sentido de que lo único que había desaparecido era la palabra, pero no la noción. Por ello, algunos comentaristas hablan ahora de “la falsa desaparición de la causa” en estos términos:

“Los trabajos preparatorios arrojan... un esclarecimiento decisivo sobre la famosa “desaparición” de la causa, que suscita bastantes interrogantes tanto en Francia como en el extranjero. El Gobierno mismo había ya minimizado el alcance de la innovación indicando en su Informe (Rapport) al presidente de la República sobre la Ordenanza que se trataba únicamente de un “abandono formal de la noción de causa”, una forma de decir que si la palabra había desaparecido, la cosa no en absoluto. Los trabajos preparatorios confirman que el cambio es puramente semántico. En varias

³⁷ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, pp. 730-731.

³⁸ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, p. 731.

ocasiones en el proceso de ratificación, se solicitó que la causa fuera reintroducida entre las disposiciones del Código civil. Estas demandas no fueron escuchadas: se respondió, en su lugar, que la exigencia de fondo no había desaparecido en absoluto. Como lo resumió, con gracia, el coordinador del Senado: “si la causa salió por el lado del jardín, volvió a entrar por el lado del patio”. La exigencia de una causa, entendida como la justificación racional de todo compromiso, está, pues, bien preservada. El derecho francés, mantenido causalista, no reconoce hoy día, como tampoco lo hacía ayer, la validez a título de principio del acto abstracto. Un ejemplo de ello es lo que figura en la ley de ratificación³⁹.

VI. LAS INNOVACIONES ESPECTACULARES

Una reflexión de la doctrina francesa que no deja de ser sorprendente es aquella según la cual “se supone” que algunas *adiciones espectaculares* de la ordenanza compensan la desaparición de la causa como instrumento de preservación de la utilidad del contrato⁴⁰, como si el codificador se estuviera excusando por haber prescindido de una noción controversial y estuviera expiando su falta con la dádiva de otro concepto. La doctrina precisa que tal es el caso, en particular, de la introducción en el Código civil de un mecanismo de eliminación de las *cláusulas abusivas* que figuran precisamente en las disposiciones relativas al contenido del contrato⁴¹.

La redacción inicial sobre cláusulas abusivas (artículo 82 del proyecto de 2011) establecía que una cláusula que creara un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato daba a la parte en cuyo detrimento tal cláusula se estipulara un derecho a solicitar al juez la supresión de la cláusula. [*Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. / L’appréciation du déséquilibre*

³⁹ DESHAYES, Olivier; GENICON, Thomas; LAITHIER, Yves-Marie: “Ratification de l’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018»; *op. cit.*, p. 888.

⁴⁰ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, p. 731.

⁴¹ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, p. 731.

significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation]. Esto abarcaba las cláusulas negociadas y las no negociadas, es decir, se refería a todos los contratos como regla general. Las reacciones del mundo económico no fueron favorables. Por ello, como lo indica el Informe (*Rapport*) al presidente de la República, “a fin de responder a las inquietudes de los representantes del mundo económico, temerosos de un atentado a la seguridad de las transacciones entre socios comerciales y al atractivo del derecho francés”, este texto restringió su campo de aplicación “a los contratos de adhesión (cuyos contornos son de ahora en adelante delimitados por la definición por el artículo 1110), terreno de elección de este tipo de cláusulas”⁴².

Según el artículo 1171, “*en un contrato de adhesión, toda cláusula que crea un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato será reputada no escrita*”. La regla se inspira en el artículo L.132-1 del Código del consumo, que trata de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores y de la sanción de la práctica restrictiva de la competencia prevista en el artículo L. 442-6, 2º del Código de comercio. Se decidió, al final de la consulta pública, que este artículo solo se aplica a los contratos de adhesión, definido por el artículo 1110, párrafo 2, como “*aquel cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, son fijadas de antemano por una de las partes*”⁴³. La norma completa disponía:

«Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties».

«Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties».

“El contrato paritario es aquel cuyas estipulaciones son libremente negociadas entre las partes

⁴² ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op.cit.*, pp. 172-173.

⁴³ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.* pp. 731-732.

El contrato de adhesión es aquel cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, están fijadas por anticipado por una de las partes”.

Esta definición del contrato de adhesión fue modificada por la Ley N° 2018-187 de 20 de abril de 2018 de ratificación de la Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero de 2016. El texto completo del nuevo artículo 1110 dice así:

“Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties”.

Le contrat d’adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l’avance par l’une des parties».

“El contrato de paritario es aquel cuyas estipulaciones son negociables entre las partes”.

El contrato de adhesión es aquel que contiene un conjunto de cláusulas no negociables, fijadas de antemano por una de las partes”.

A algunos aspectos de este asunto me he referido en la ocasión de la presentación del libro *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión* del Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre el día 26 de abril de este año 2018 aquí en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Ahora le corresponde a él desarrollar hoy ese tema.

VII. LA REVISIÓN DEL CONTRATO POR IMPREVISIÓN (ARTÍCULO 1195)

Otra gran innovación de la reforma de 2016 del Código civil francés es la introducción de la revisión del contrato por imprevisión. El artículo 1195 prevé, en esencia, que en caso de cambio de circunstancias que resulte imprevisible en el momento de la conclusión del contrato, haciendo excesivamente oneroso su cumplimiento para la parte que no hubiese aceptado ese riesgo, ésta podrá pedir una renegociación del contrato, aunque continúa ejecutándolo durante la renegociación. En caso de rechazo o de fracaso de la renegociación, las partes contratantes podrán acordar la resolución del contrato o solicitar al juez que proceda

a su adaptación. A falta de acuerdo en un período razonable, el juez podrá, a petición de una de las partes, revisar el contrato o ponerle fin.

La solución adoptada fue criticada en el proceso de discusiones de los grupos porque ella no formula una obligación de renegociación del contrato, estimándose poco eficaz el solo establecimiento de un derecho a solicitarla, derecho que en la práctica ya existía; añadiéndose que la norma carecería de verdadero alcance si no forzaba a las partes a renegociar y si el juez necesitaba del acuerdo de las partes para adaptar el contrato⁴⁴.

La disposición tiene carácter supletivo de la voluntad de las partes. Además, separándose de la orientación que tenían los anteproyectos Catalá y Terré, la ordenanza dispone que la parte que se beneficia del cambio de circunstancias no está obligada a renegociar. La renegociación es libre y su rechazo no constituye una infracción en el sistema del artículo 1195, apartándose de la jurisprudencia que ya había sido establecida por la Corte de Casación antes de la reforma⁴⁵.

El nuevo artículo 1195 del Código civil francés está redactado de la siguiente manera:

Article 1195. Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

⁴⁴ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op cit.*, p.178.

⁴⁵ https://www.editions-dalloz.fr/media/upload_doc_cms/J-23-extraitlatinachantepie.-08092019.pdf

Artículo 1195. Si un cambio de circunstancias que resulte imprevisible en el momento de la conclusión del contrato, haciendo excesivamente oneroso su cumplimiento para la parte que no hubiese aceptado ese riesgo, ésta podrá solicitar una renegociación del contrato a su cocontratante, aunque continúa ejecutándolo durante la renegociación.

En caso de rechazo o de fracaso de la renegociación, las partes contratantes podrán acordar la resolución del contrato en la fecha y en las condiciones que determinen o solicitarle al juez, de común acuerdo, que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en un período razonable, el juez podrá, a petición de una de las partes, revisar el contrato o ponerle fin. A partir de la fecha y en las condiciones que fije.

Para que proceda la renegociación es necesario, conforme al artículo 1195: (i) que exista un cambio de circunstancias imprevisible al momento de la conclusión del contrato; (ii) que su cumplimiento se haga excesivamente oneroso (iii) para la parte que no haya asumido ese riesgo.

La imprevisibilidad de un acontecimiento tiene una extensa tradición en la doctrina y en la jurisprudencia francesas. La primera cuestión que viene a la mente es la del carácter objetivo o subjetivo de la imprevisión. A tal efecto, se pregunta si es necesario que la circunstancia imprevisible haya sido objetivamente imprevisible para todas las personas colocadas en la misma situación de los contratantes al momento de la celebración del contrato o es suficiente que las partes no hayan previsto el advenimiento de las circunstancias en cuestión. El parentesco evidente entre la teoría de la imprevisión y la fuerza mayor invita a efectuar una comparación entre las condiciones de una y de otra, pero el legislador no utilizó la misma fórmula: si bien exige un “cambio de circunstancias imprevisible al momento de la conclusión del contrato” en materia de imprevisión, impone que sobrevenga un acontecimiento “que no podría ser razonablemente previsto al momento de la conclusión del contrato” en materia de fuerza mayor. Se considera como acontecimiento imprevisible aquel que no se puede -normal o razonablemente- pedir a las partes que tengan en cuenta en el momento de celebrar el contrato, aunque alguna jurisprudencia minoritaria exija que el acontecimiento sea

absolutamente imprevisible, a lo cual se responde con la afirmación de que “nada es totalmente imprevisible”. El juez, para apreciar la imprevisibilidad, debería llevar a cabo un análisis abstracto y con referencia a lo que un profesional colocado en la situación del contratante en el momento de celebrar el contrato habría debido prever.

La onerosidad excesiva coloca al juez ante el dilema de fijar la frontera entre lo que es excesivamente oneroso y lo que no lo es. Naturalmente, se ha de tratar de una situación perjudicial para el deudor de la prestación y el primer pensamiento se dirige hacia la cuestión financiera. Sin embargo, jurisprudencia reciente de la Corte de Casación (12 de febrero de 2015, N°12-29.550), ha afirmado que una sociedad no había aportado la prueba de una situación que hubiera alterado “fundamentalmente” el equilibrio de las prestaciones susceptible de activar una cláusula de hardship, si bien la sociedad había producido cartas de sus suplidores anunciándole alzas de 4% a 16% que provocaban una disminución del 58% de su margen bruto.

Si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 1195, se abre el proceso de renegociación del contrato, el cual consta de tres fases: (i) a la parte lesionada se le reconoce el derecho de solicitar la renegociación a la otra parte en el contrato; (ii) en caso de rechazo de la renegociación por la otra parte en el contrato o en caso de fracaso de la renegociación que las partes hubieren intentado, las partes pueden ponerle fin al contrato o pedirle al juez, conjuntamente, que proceda a la adaptación del contrato; (iii) a falta de acuerdo en un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de cualquiera de las partes, revisar el contrato o ponerle fin en la fecha y en las condiciones que determine.

Las consideraciones que se pueden hacer respecto a esta modificación son múltiples y se pueden referir, entre otras cosas, a la interpretación inicial que ha hecho la doctrina francesa sobre este aspecto de la reforma; a la larga historia del rechazo por la jurisprudencia francesa de la solución que envuelve la teoría; a la generalización del concepto y de su aceptación prácticamente en el mundo entero, incluyendo los países del *common law* y de la Unión Europea distintos a Francia; a la incorporación que se había hecho usual en los contratos, especialmente en los contratos internacionales, de fórmulas de renegociación que llenaran el vacío de la legislación aplicable al contrato o sustituyeran una

renegociación impuesta legislativamente (incluyendo contratos de los empresarios franceses); y a la repercusión que pueda tener la reforma en los ordenamientos jurídicos de la esfera de influencia del derecho francés, entre los cuales está el venezolano. Todos estos aspectos, salvo el primero y el último, han sido tratados por mí en estudios anteriores⁴⁶. Por ello solo me voy a referir ahora a los no considerados en los trabajos publicados por mí.

Inicialmente, la doctrina ha estimado que el artículo 1195 establece un procedimiento complicado que, a pesar de todo, concede al final al juez el poder de revisar el contrato a petición de una de las partes, rompiendo de esta manera con la jurisprudencia surgida de la sentencia *Canal de Craponne*, de fecha 6 de marzo de 1876, una inicua sentencia según la cual ninguna consideración de tiempo o de equidad podía derogar el principio de obligatoriedad del contrato que se impone a las partes y al juez. El nuevo texto, inspirado en el derecho comparado y en los proyectos europeos de armonización, se ha presentado también como una de las manifestaciones de la justicia contractual. La regla se ha concebido para no provocar inseguridad jurídica. La revisión judicial se utiliza como una amenaza que incentive la revisión convencional, siendo una regla supletoria, pues una parte contratante puede aceptar asumir el riesgo de cumplimiento oneroso. La ordenanza, por consiguiente, consagra la revisión del contrato, pero con muchas precauciones⁴⁷.

También se ha advertido que el único poder del juez es el de ponerle fin al contrato, sin disponer de la facultad de revisarlo si las partes están en desacuerdo⁴⁸. Se afirma que como la imprevisión es asimétrica, en el sentido de que siempre habrá una parte interesada en con-

⁴⁶ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: (i) “La revisión del contrato mercantil frente a la crisis económica mundial de 2009”, en *Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho Privado, Tomo IV, Vol. 2*; Pontificia Universidad Javeriana-Editorial Temis; Bogotá 2010, pp. 347-381; (ii) “La teoría de la imprevisión en el derecho privado: las crisis económicas como supuestos de revisión del contrato”, en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación (1915-2015), Tomo IV*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2015, pp. 2337-2438.

⁴⁷ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.* p. 732.

⁴⁸ MOLFESSIS, Nicolas: « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats »; LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE - N° 52 - 21 DÉCEMBRE 2015, p. 2390.

servar el contrato tal como ha sido concebido y la otra parte querrá su modificación, es difícil que se pongan de acuerdo para pedirle al juez la revisión, por lo cual el fin del contrato pronunciado por el juez es una amenaza o un riesgo que las partes han de valorar. O las partes se ponen de acuerdo en una revisión o el contrato se termina por orden del juez. Sin embargo, se ha dicho que, si bien es esencial privilegiar la renegociación e incitar a las partes a que lo hagan, descartar el poder de revisión del juez en ausencia de acuerdo entre las partes no estaría justificado y hasta podría constituir una solución peligrosa y desequilibrada⁴⁹. Dar al juez la opción prioritaria de revisar el contrato junto al de pronunciar su terminación ha sido una solución escogida por algunos ordenamientos. Ese poder se encuentra, igualmente, en el proyecto europeo de los contratos (artículos 157 y por reenvío el 97). De igual modo, los Principios Europeos del derecho de los contratos reconocen al juez, al lado de la potestad de ponerle fin al contrato en la fecha y en las condiciones que él determine, el poder de adaptación del contrato en ausencia de acuerdo de las partes. Es cierto que la revisión del contrato no siempre es deseable o posible. Por ello, el juez debe disponer de la opción de ponerle fin al contrato. El equilibrio del artículo debe estar en esta opción a cargo del juez, en vista de los argumentos que le sean presentados por las partes. El espíritu del artículo estará mejor asegurado y los efectos perversos descartados⁵⁰.

Se puede observar que el Anteproyecto Catalá⁵¹, que destinaba los artículos 1135-1, 1135-2 y 1135-3 a regular la materia, eludiendo la imprevisión, se acercaba un poco más a la posibilidad de intervención del juez:

Art. 1135-1 Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur

⁴⁹ MOLFESSIS, Nicolas: « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats»; p. 2391.

⁵⁰ MOLFESSIS, Nicolas: « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats»; p. 2393.

⁵¹ Hay una traducción parcial al español del ante proyecto Catalá realizada por Pablo JUPPET RODRÍGUEZ (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile): http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111377/de-juppet_p.pdf?sequence=1

convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.

Art. 1135-2 A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.

Art. 1135-3 Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre.

Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage.

En la traducción de Juppet Rodríguez (nota 8), estas disposiciones dicen lo siguiente:

Art. 1135-1 En los contratos de cumplimiento sucesivo o escalonado, las partes pueden obligarse a negociar una modificación a su convención para el caso en que sucediese que, por el efecto de las circunstancias, el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas fuera perturbado al punto en que el contrato pierda todo interés para una entre ellas.

Art. 1135-2 A falta de tal cláusula, la parte que pierda su interés en el contrato puede demandar al presidente del tribunal de gran instancia ordenar una nueva negociación.

Art. 1135-3 En caso contrario, estas negociaciones se regirán por lo dicho en el capítulo 1º del presente título. Su fracaso, exento de mala fe, abrirá a cada parte la facultad de resciliar el contrato sin costos ni daños.

Se ha observado que ya antes de que se hubiera incorporado la revisión judicial del contrato, la jurisprudencia de casación francesa había dado algunos signos favorables a la flexibilización del principio *pacta sunt servanda* en los casos “*Huard*” (Cass. com. 3 de noviembre de 1992) y “*Chevassus Marche*” (Cass. Com. 24 de noviembre de 1998)⁵². Además, en la práctica contractual francesa se había acudido, como en

⁵² ETIENNE, Lucas: « Théorie de l'imprévision: de sa réception par le code civil à son incidence en matière d'ingénierie contractuelle ». Internet: <https://www.village-justice.com/articles/Theorie-imprevision-reception-par-Code-civil-son-incidence-matiere-ingenierie,24463.html>

la práctica contractual de la mayoría de los países de un cierto desarrollo, a incorporar *paliativos* para darle seguridad a los contratos. Los abogados disponían de un arsenal eficaz para hacerle frente a las situaciones de imprevisión económica y de numerosas técnicas contractuales, como las cláusulas de *hardship*, las cláusulas de adaptación de los precios, los mecanismos de *put & call*, estimados como instrumentos pertinentes para las imprevisiones económicas. Sin esperar la reforma del derecho de los contratos, la Ley Hamon del 17 de marzo de 2014 había consagrado la imprevisión en las relaciones de proveedores y distribuidores en materia agroalimentaria. Desde entonces, una cláusula que imponga una renegociación en caso de cambio en las circunstancias económicas debe ser estipulada en este tipo de contratos. Por todo ello, desde la práctica se cuestiona la utilidad de la reforma y se pregunta si el artículo 1195 ha aportado seguridad a las relaciones contractuales encuadrando la teoría de la imprevisión⁵³.

Después de referirse a la complejidad de las distintas fases del proceso para lograr la revisión judicial del contrato y de poner de relieve la desconfianza tradicional de los empresarios y abogados franceses en los jueces para llevar a cabo esta delicada tarea, partiendo de la premisa de que la práctica detesta la incertidumbre, se asegura que un buen número de abogados va a encontrar el medio de neutralizar toda revisión judicial del contrato y va a organizar, como lo ha hecho frecuentemente en el pasado, las modalidades de una revisión contractual o, al contrario, la imposibilidad de revisión judicial del contrato.

Entre las fórmulas que se podrían utilizar, se mencionan: (i) que al momento de la celebración del contrato se convenga en que los riesgos y todos los sobrecostos asociados a la ejecución del contrato sean soportados por uno de los contratantes, tal como lo prevé el texto; (ii) que el principio de la revisión no podrá ser puesto en marcha sino a partir de un cierto nivel de pérdida de margen bruto para el obligado a la prestación, nivel generalmente bastante elevado; (iii) que el *hardship* se traduzca en la liquidez de uno de los accionistas del

⁵³ PATRIZIO, Fabrice: « Théorie de l'imprévision: A quoi sert le nouvel article 1195 du Code civil ? » <https://www.lemondedudroit.fr/decryptages/15430-theorie-de-limprevision-a-quoi-sert-le-nouvel-article-1195-du-code-civil.html>

joint-venture, de ser el caso. Se advierte que no se debe dudar que la práctica dispone de todos los instrumentos de la imaginación para no dejar que el poder jurisdiccional se inmiscuya en la ejecución del contrato y se agrega que una mirada al derecho comparado, Inglaterra, por ejemplo, muestra que, si bien la revisión por causa de hardship es posible, permanece como algo excepcional⁵⁴.

El beneficio del artículo 1195, según algunos prácticos del derecho que hacen las anteriores observaciones, ha sido el de sensibilizarlos para no omitir el tratamiento contractual de la imprevisión en la redacción de los contratos.

Algunos autores han estimado que las condiciones de aplicación de la norma son, por lo menos, nebulosas; que el procedimiento de renegociación es alambicado; y que en el mismo el juez tiene un lugar preponderante⁵⁵.

Para que proceda la renegociación es necesario, conforme al artículo 1195, que exista (i) un cambio de circunstancias imprevisible al momento de la conclusión del contrato (ii) que haga su cumplimiento excesivamente oneroso (iii) para la parte que no haya asumido ese riesgo.

La imprevisibilidad de un acontecimiento tiene una extensa tradición en la doctrina y en la jurisprudencia francesa. La primera cuestión que viene a la mente es la del carácter objetivo o subjetivo de la imprevisión. A tal efecto, se pregunta si es necesario que la circunstancia imprevisible haya sido objetivamente imprevisible para todas las personas colocadas en la misma situación de los contratantes al momento de la celebración del contrato o es suficiente que las partes no hayan previsto el advenimiento de las circunstancias en cuestión. El parentesco evidente entre la teoría de la imprevisión y la fuerza mayor invita a efectuar una comparación entre las condiciones de una y de otra, pero el legislador no utilizó la misma fórmula: si bien exige un “cambio de circunstancias imprevisible al momento de la conclusión del contrato” en materia de imprevisión, impone que sobrevenga un acontecimiento “que no podría ser razonablemente previsto al momento de la conclusión del contrato”

⁵⁴ PATRIZIO, Fabrice: « Théorie de l'imprévision: A quoi sert le nouvel article 1195 du Code civil ? », *op.cit.*

⁵⁵ ETIENNE, Lucas: « Théorie de l'imprévision: de sa réception par le code civil à son incidence en matière d'ingénierie contractuelle », *op.cit.*

en materia de fuerza mayor. Se considera como acontecimiento imprevisible aquel que no se puede -normal o razonablemente- pedir a las partes que tengan en cuenta en el momento de celebrar el contrato, aunque alguna jurisprudencia minoritaria exija que el acontecimiento sea absolutamente imprevisible, a lo cual se responde con la afirmación de que “nada es totalmente imprevisible”. El juez, para apreciar la imprevisibilidad, debería llevar a cabo un análisis abstracto y con referencia a lo que un profesional colocado en la situación del contratante en el momento de celebrar el contrato habría debido prever.

La onerosidad excesiva coloca al juez ante el dilema de fijar la frontera entre lo que es excesivamente oneroso y lo que no lo es. Naturalmente, se ha de tratar de una situación perjudicial para el deudor de la prestación y el primer pensamiento se dirige hacia la cuestión financiera. Sin embargo, jurisprudencia reciente de la Corte de Casación (12 de febrero de 2015, N°12-29.550), ha afirmado que una sociedad no había aportado la prueba de una situación que hubiera alterado “fundamentalmente” el equilibrio de las prestaciones susceptible de activar una cláusula de hardship, si bien la sociedad había producido cartas de sus suplidores anunciándole alzas de 4% a 16% que provocaban una disminución del 58% de su margen bruto.

Si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 1195, se abre el proceso de renegociación del contrato, el cual consta de tres fases: (i) a la parte lesionada se le reconoce el derecho de solicitar la renegociación a la otra parte en el contrato; (ii) en caso de rechazo de la renegociación por la otra parte en el contrato o en caso de fracaso de la renegociación que las partes hubieren intentado, las partes pueden ponerle fin al contrato o pedirle al juez, conjuntamente, que proceda a la adaptación del contrato; (iii) a falta de acuerdo en un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de cualquiera de las partes, revisar el contrato o ponerle fin en la fecha y en las condiciones que determine.

La utilidad de la cláusula, sin la obligación de renegociación, es dudosa. Así lo debe haber intuido el propio codificador, al asignar en la exposición de motivos (*Rapport au Président de la République*) una función modesta a la disposición, en estos términos: “La imprevisión tiene la aspiración de jugar un rol preventivo, debiendo incitar a las

partes a negociar ante el riesgo de la aniquilación o de la revisión del contrato por el juez”⁵⁶. Doctrina francesa calificada también ha afirmado en un texto que lleva por título “apertura de una puerta a la imprevisión” que el objetivo de la reforma en esta materia es “volver a colocar el contrato en las manos de las partes para incitarlas a “salvarlo” en caso de dificultad de ejecución. Esta solución se inscribe en la misma línea que se desarrolla en el derecho judicial privado con los medios alternativos de resolución de conflictos”⁵⁷.

Las observaciones precedentes no parecen recomendar la solución adoptada por la Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero de 2016 como un modelo a ser imitado para solucionar los casos de imprevisión. Por cierto, que ante la propuesta contenida en el ante proyecto Catalá, la reacción de la doctrina latinoamericana, representada por el profesor chileno Daniel Peñailillo Arévalo, partidario de la teoría de la imprevisión, era también pesimista. Decía el profesor Peñailillo Arévalo:

*...compartimos la opinión del profesor Denis Mazeaud, por sobre la triunfante que ha rehusado la doctrina de la imprevisión. Ha manifestado que no parece esperable que sean los contratantes quienes regulen -si lo estiman- las consecuencias de un cambio de circunstancias. Entonces, si allá no es del todo realista entregar la regulación de los desequilibrios por acontecimientos imprevisibles a la capacidad de previsión de los contratantes, esperar que en nuestra ciudadanía sí exista esa vocación previsora sería un franco exceso de optimismo, desmentido diariamente por la experiencia*⁵⁸.

Como es sabido, el influjo del derecho francés ha disminuido en sus áreas tradicionales de influencia, los países árabes que antes fueron colonias o los países iberoamericanos, por culpa de la falta de actualización de sus soluciones o porque éstas se encontraban dispersas entre la legislación especial y las decisiones jurisprudenciales, haciendo

⁵⁶ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>

⁵⁷ ANCEL, François; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; GEST, Juliette: *Aux sources de la réforme du droit des contrats; op cit.*, pp. 174-175.

⁵⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: “La reforma del Código civil francés en derecho de obligaciones y el Código civil chileno”; Revista Chilena de Derecho Privado N.º 8, julio 2007, pp. 235-256. Internet: <http://www.redalyc.org/pdf/3708/370840820006.pdf>

difícil su ubicación. Esta situación ha sido debidamente reseñada por la doctrina, así:

...el desarrollo del Derecho de Obligaciones y Contratos se ha producido fuera del Code, a través de legislación especial o por medio de la jurisprudencia de la Cour de Cassation, haciendo difícil para el ciudadano común aun para la comunidad jurídica, la comprensión y el acceso a la ley. También, y quizá como consecuencia de lo anterior, la enorme influencia que el Code ejerció durante el siglo xix y la primera parte del xx ha disminuido considerablemente. Las reformas y nuevas codificaciones que han tenido lugar en jurisdicciones pertenecientes (o que pertenecieron) a la denominada familia francesa, paradójicamente han abandonado en gran medida el modelo francés, prefiriendo otras fuentes de inspiración. Así, por ejemplo, en Latinoamérica han sido el Codice Civile italiano y el alemán los que más han influido en las reformas o nuevas codificaciones que se han efectuado durante los siglos xx y xxi. Lo mismo ha sucedido con los países pertenecientes a la OHADA, muchos de ellos excolonias francesas, los cuales, en vez de recurrir al derecho francés, decidieron buscar la asesoría de UNIDROIT (y, por tanto, la inspiración en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales) para la redacción de su Ley Uniforme sobre Derecho de Contratos (Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats)⁵⁹.

Una solución sobre circunstancias sobrevenidas tiene que incorporar la obligación de renegociar en caso de que se demuestren los presupuestos de cambio imprevisto de circunstancias y de excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones, con los correspondientes pronunciamientos respecto al enriquecimiento de la parte beneficiada, dejando como opciones la conclusión del contrato por el común acuerdo de las partes o la intervención del juez a partir del requerimiento de alguna de ellas. Por último, la solución adoptada por el derecho francés no se concilia con las orientaciones fundamentales del derecho europeo y del derecho internacional de los contratos.

⁵⁹ MOMBERG URIBE, Rodrigo: “La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar”; Revista Chilena de Derecho Privado N° 24, julio 2015, pp. 121-142. Internet: <http://www.redalyc.org/pdf/3708/370840821003.pdf>

La Ley N° 2018-287 del 20 de abril de 2018 de ratificación de la Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero de 2016 introdujo una reforma del Código Monetario y Financiero. Según el artículo 8 de la citada ley de ratificación, el artículo correspondiente del Código Monetario y Financiero (L.211-40-1) será del siguiente tenor: «*Artículo L.211-40-1. El artículo 1195 del código civil no es aplicable a las obligaciones que resultan de operaciones sobre títulos y a los contratos financieros mencionados del I al III del artículo L.211-1 del presente código*». Es una excepción enteramente lógica. Por su naturaleza, tales contratos, como los contratos de inversión en bolsa, comportan la asunción de todos los riesgos, por más grandes que ellos sean, por una de las partes.

En materia de incorporación de la teoría de la imprevisión la reforma de 2016 del Código civil francés de 1804 es decepcionante.

LA CAUSA Y EL CONTENIDO DEL CONTRATO COMO SU OBJETO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 2016. PROF. GUILLERMO GORRÍN FALCÓN, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN (e).

SUMARIO

I. Introducción. II. Del informe presentado a la Presidencia de la República de Francia y la ley 2018-287 sancionada el 20 de abril de 2018 por el Parlamento francés. II.1) Contenido del informe presentado a la Presidencia de la República de Francia. II.2.) Ley 2018-287 sancionada por el Parlamento francés el 20 de abril de 2018. II.3) La situación según los instrumentos integradores de la Unión Europea. III. De las normas de la sección 2: Validez del contrato, subsección 3: el contenido del contrato. III.1) Del contenido del contrato como su objeto; III.2) Breve análisis de las normas que se afirma mantienen la existencia material de la causa. III.2.1) Orden público y buenas costumbres. III.2.2) La suficiencia de la contrapartida. III.2.3) Ausencia de causa, causa falsa y ausencia de interés. III.2.4) Equilibrio entre prestaciones. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Por ordenanza N° 2016-131 sobre *La reforma del derecho de los contratos, el régimen general y de la prueba de las obligaciones* de fecha 10 de febrero de 2016, en vigencia desde el 1 de octubre de 2016, ha sido modificado el Código civil francés¹.

La reforma llevada a cabo mediante la ordenanza en cuestión ha sido ratificada, con cambios introducidos por el legislador francés a la ordenanza, mediante Ley 2018-287 sancionada por el Parlamento francés el 20 de abril de 2018.

El legislador francés no introdujo ningún cambio en lo que al contenido del contrato respecta, tampoco modificó la ordenanza en relación a la eliminación de la causa como elemento de existencia del contrato.

En esta exposición me limitaré a desarrollar parte de la regulación de los elementos de existencia del contrato, concretamente el objeto como contenido de ese tipo de negocio jurídico. No forma parte de la materia que trataré el consentimiento.

Por otra parte, respecto del contenido del contrato no analizaré todas las disposiciones que le regulan, solamente aquellas respecto de las que se afirma, por la doctrina francesa, que algunas de las aplicaciones o funciones de la teoría de la causa aún permanecen materialmente vigentes.

La reforma del Código civil francés ofrece la oportunidad de abordar si la causa es realmente un elemento de existencia del contrato autónomo o independiente del consentimiento y del objeto, o por el contrario, a través del desarrollo de estos últimos se podían lograr los mismos resultados obtenidos mediante las funciones asignadas por la doctrina y la jurisprudencia francesa a aquella.

¹ El texto de la ordenanza puede ser consultado en: <https://www.legifrance.gouv.fr>. [última fecha de consulta 18/01/2016].

Abordar el tema sobre tal consideración no debe ser visto en un plano defensivo, con actitud recelosa y desconfiada que pudiera dar lugar a pensar que se está asumiendo una posición anti-causalista o causalista.

El asunto es la determinación de los problemas a solucionar y los medios más eficientes a emplear a tal fin, para lo cual es necesario tener en cuenta, lo que en Venezuela suele ser omitido, las propuestas de los anti-causalistas, como pienso fue la intención de los autores de la ordenanza para reconducir, o si se quiere redirigir a los otros elementos las funciones que se asignaban a la causa.

En ejecución de esta presentación comenzaré con la exposición de aquella parte del informe presentado a la Presidencia de la República de Francia sobre la reforma². Del informe analizaré comparativamente lo declarado sobre la eliminación de la causa, bajo el título general *objetivos de la reforma*, con lo que se expone bajo los títulos particulares *sección 2: Validez del contrato, subsección 3: el contenido del contrato*.

Ubicado en el mismo título, pero con ocasión de la ley francesa N° 2018-287 del 20 de abril de 2018, haré referencia a lo que fue declarado por algunos de los expositores ante el senado con ocasión de la presentación del informe de la Comisión de Leyes.

Una vez descrita la situación sobre si la causa ha sido o no eliminada en la reforma del Código civil francés de 2016 con base en los textos citados, pasaré a analizar cada una de las normas de la ordenanza en las que según la moderna doctrina francesa subsiste materialmente el controvertido elemento de la causa del contrato como requisito para su existencia.

En el análisis de cada norma haré referencia, como un aporte propio de índole crítica, a las objeciones que desde el siglo XIX se formularon sobre la autonomía de la causa como elemento de existencia del contrato frente a los otros requisitos de ese negocio jurídico, es decir, el consentimiento y el objeto.

De la forma descrita pretendo se comprenda mejor la situación que hoy está planteada respecto de la causa como elemento de existencia

² El texto del informe está disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr>. [última fecha de consulta Fecha de consulta: 18/01/2016].

del contrato. Mi contribución busca el más eficiente desarrollo del contenido del contrato en el futuro, asunto que no estará limitado a asumir las funciones que *artificialmente* se atribuían a la causa. El desarrollo de la noción de contenido del contrato proporcionará más información para la resolución de diversos problemas contractuales como la interpretación, calificación e integración de los contratos, la resolución del contrato y la *exceptio non adimpleti contractu* entre otros.

Como el tema a desarrollar es sobre la reforma del Código civil francés, excepcionalmente haré referencia a doctrina o disposiciones venezolanas. En tales casos el propósito es que el lector pueda comprender con mayor facilidad la exposición sobre algún tema que sin tal referencia sería más complicado entender, o podría quedar alguna duda sobre la intención que he tenido al desarrollar el punto concreto de que se trate.

Ejecutado cuanto viene de ser expuesto formularé algunas conclusiones sobre el tema, para dejar claramente manifestado cuanto deseo expresar a través del presente.

II. DEL INFORME PRESENTADO A LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE FRANCIA Y LA LEY 2018-287 SANCIONADA EL 20 DE ABRIL DE 2018 POR EL PARLAMENTO FRANCÉS

Bajo el presente título abordaré tres aspectos: el contenido del informe presentado a la Presidencia de la República de Francia (**II.1**); la ley 2018-287 sancionada el 20 de abril de 2018 por el parlamento francés (**II.2**); y, la situación a la luz de los instrumentos integradores de la Unión Europea (UE) (**II.3**).

La inclusión de un breve análisis de los instrumentos integradores de la UE tiene por objeto dar sentido, sino resulta más acertado decir coherencia, a lo expuesto en el informe a la Presidencia de la República Francesa con lo que está ocurriendo a nivel de integración en la UE, porque en tales instrumentos es eliminada la causa como elemento de existencia del contrato.

II.1. Del contenido del informe presentado a la Presidencia de la República de Francia

En relación a la causa y bajo el título general *objetivos de la reforma* del informe presentado al presidente de Francia, se expone lo siguiente:

“El segundo objetivo perseguido por la ordenanza es reforzar el atractivo del derecho francés, en el plano político, cultural y económico. La seguridad jurídica conferida a nuestra ley de obligaciones, que constituye la base de los intercambios económicos, debería facilitar su aplicación en los contratos de derecho internacional. A este respecto, el abandono formal de la noción de causa, que ha dado lugar a muchos debates, permitirá a Francia abordar la legislación de muchos derechos extranjeros, al tiempo que consagra en la ley las diversas funciones, incluida la del reequilibrio del contrato, que la jurisprudencia le había asignado”. (Negrillas mías).

Con base en la redacción empleada, específicamente cuando se expresa que se trata del *abandono formal de la noción de causa*, parte de la doctrina francesa advierte que no se trata más que de una cuestión no sustancial, semántica o simplemente material. Se afirma que en definitiva, en las normas que regulan el contenido del contrato, se consagran las funciones que de la causa se habían estado aplicando por parte de la doctrina y la jurisprudencia de dicho país³.

No hay duda que la expresión utilizada en el texto transcrito no es la más feliz, especialmente cuando luego del empleo de la expresión *abandono formal de la noción de causa*, se hace referencia a lo que simultáneamente puede fundadamente señalarse contradice tal locución.

En efecto, después de haber expresado que se trata del abandono formal de la noción de causa y señalar que ello *permitirá a Francia abordar la legislación de muchos derechos extranjeros, al tiempo que*

³ Cfr. CHÉNEDÉ, Francois. *Le nouveau droit des obligations et des contrats (consolidations-innovations-perspectives)*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 76-97; DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, pp. 261-298; y, MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent y STOFFELMUNCK, Philippe. *Droit des obligations*, 9^e ed., Paris, LGDJ, 2017, pp. 339-355.

consagra en la ley las diversas funciones, la última expresión, donde se hace referencia a la aplicación de las funciones de la causa, da lugar a que una parte considerable y calificada de la doctrina moderna francesa considere la subsistencia material de la noción causa, sobre la base de que su eliminación no es otra cosa que una cuestión semántica.

Sin embargo, la expresión abandono formal podría tener una interpretación radicalmente opuesta. Podría ser válido considerar que si las funciones asignadas a la causa en realidad correspondían a los otros elementos de existencia del contrato, lo esencial es eliminar el elemento al cual se le atribuía erróneamente ciertas funciones. De esa forma sus aplicaciones se reconducen a los elementos a los cuales acertadamente pertenecen⁴. Esta posibilidad goza de razonabilidad y tiene por base las mismas expresiones del informe.

Lo contradictorio del planteamiento de quienes con base en una expresión del informe pretenden que materialmente la causa subsiste se revela con claridad de ese mismo texto. Si el deseo, intención o propósito, es que a través de la nueva legislación sobre el derecho de obligaciones francés se permita *facilitar su aplicación en los contratos de derecho internacional*, y que a través de la reforma se *permitirá a Francia abordar la legislación de muchos derechos extranjeros*, entonces la conclusión no podría ser la subsistencia de la causa como elemento del contrato que constituye el obstáculo para alcanzar ese fin, menos aún, por ejemplo, la pretendida aplicación de un elemento de formación del contrato al sinalagma funcional, o a la etapa de su ejecución⁵, que

⁴ Esto explica, por ejemplo, el caso de la norma ahora contenida en el artículo 1135, párrafo segundo, de la ordenanza sobre la regulación, como un vicio del consentimiento, de la nulidad por error sobre los motivos con ocasión de las convenciones a título gratuito, y que bajo el antiguo artículo 1131 del Código Napoleón se entendía comprendido en el supuesto de *causa falsa* consagrado en esa norma. Al respecto v. *infra* § 90, y Cfr. CHÉNEDE, 2016, p. 90.

⁵ Sobre la atribución de funciones a la causa como elemento del contrato que van más allá del momento del perfeccionamiento de ese tipo de negocio jurídico, v. CAPITANT, Henri. *De la causa de las obligaciones*, traducción y notas por Eugenio Tarragato y Contreras, Casa Editorial Gongora, Madrid, s.f., pp. 27-31. Contra tal propuesta, v. PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*, T.II, Paris, L.G.D.J., 1926, p. 374; DABÍN, Jean, *La teoría de la causa (artículos 1131 a 1133 del Código civil francés y art. 1275 del Código español)*, Estudio histórico y jurisprudencial, edición castellana con un prólogo escrito expresamente por el autor traducido por Francisco de Pelsmaeker, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho

genera inseguridad sobre la estabilidad de las relaciones jurídicas al permitir su constante revisión por órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, en contra de cuanto vengo de exponer Chénéde es de la opinión que:

“Argüir el «aislamiento» del derecho francés, es finalmente, y sobre todo, descuidar una gran parte del mundo, desde Europa (del sur al este) las Américas (latina o francesa) pasando por África y la península Arábiga. Abandonar la causa, alineándose con los derechos germánicos (los derechos anglo-americanos conociendo por su parte la *consideration*), es, bajo la cobertura de una pretendida «atracción», romper los lazos jurídicos fuertes que unen a Francia a los diferentes países, y abandonar, lo que no era una carga para el derecho francés, sino un faro para los numerosos derechos extranjeros⁶.

En todo caso, como más adelante explicaré⁷, lo cierto es que en el derecho de las obligaciones europeo la tendencia manifestada es en dirección a la eliminación de la causa, sustituyéndola por el contenido del contrato como objeto de este, como también se afirma en los objetivos generales del citado informe. La pregunta con vista a las

Privado, Madrid, 1955, pp. 25-26. Por cierto, este último autor no es citado por Capitant no obstante la obra de Dabin se publicó con cuatro años de antelación a la de aquel. Más recientemente, también en contra de la propuesta de Capitant, LEVY, Jean-Philippe y Castaldo, André: *Histoire du droit civil*, 1er édition, Éditions Dalloz, Paris, 2002, p. 833, que aclaran que Dumoulin no se refería a la causa sino a la acción de resolución como una condición sobrentendida; y, GHESTIN, Jacques: *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, Paris, 2006, p. 66, quien cita entre quienes rechazan en Francia que la causa sea el fundamento de la acción de resolución de contrato por incumplimiento a Jacques Maury, porque la causa solo se debe ubicar al momento del perfeccionamiento o formación del contrato, su *desaparición ulterior no comporta que la convención no sea válida*. Finalmente, DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 290, al comentar con ocasión del artículo 1169 de la ordenanza el *momento en que debe operar el control de la racionalidad suficiente del compromiso*, advierten que *el control no puede continuar siendo operado en curso la ejecución*, y luego de recordar que *tal enfoque era regularmente cuestionado en jurisprudencia* sugieren que *ese enfoque contencioso se desplazará naturalmente hacia la interpretación del artículo 1186 [de la ordenanza] nuevo texto especialmente dedicado a la caducidad del contrato*.

⁶ CHÉNEDÉ. 2016, p. 86. Sobre el hecho que *la reforma simplifica el derecho francés, lo acerca a varios derechos extranjeros, en particular el alemán, y restaura una cierta seguridad contractual*, Cfr. MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017 pp. 346-348.

⁷ *Infra* §§ 19-23.

consideraciones de Chénéde que habrá de despejar la doctrina y jurisprudencia francesa es ¿qué resulta más atractivo para el derecho francés, atraer los derechos germánicos, del Reino Unido o de América del Norte, o los mencionados por el citado autor?

La evaluación realizada por los autores de la ordenanza parece dar prevalencia al primer grupo. Por otra parte, luce lógico pensar que en Francia se pretenda un derecho de obligaciones atractivo a los *contratos de derecho internacional* donde estén involucradas transacciones con los países más institucionalizados de la región a la cual se está integrando, así como a las economías más importantes de la comunidad internacional en general.

Lo expuesto goza de armonía con la intención de *abordar así la legislación de tales derechos extranjeros* que, por cierto, parte considerable de estos, como es el caso específico de la UE, van a regirse por el derecho de las obligaciones europeo o por los derechos internos de tales países, donde respectivamente la tendencia es a la eliminación de la causa o simplemente no existe tal noción.

En refuerzo de lo expuesto debe ponerse en relieve la existencia de otras declaraciones en el informe al presidente de la República de Francia. Estas no son las contenidas en un título general como lo es el relativo a los *objetivos de la reforma*, sino en unos particulares, como lo son la *sección 2: Validez del contrato* y la *subsección 3: el contenido del contrato*, donde se manifiesta la firme intención de eliminar la causa como elemento de existencia del contrato.

Así, en el referido informe, *sección 2: la validez del contrato* se declara:

“La causa, ignorada por la mayor parte de los derechos extranjeros como por los diferentes instrumentos europeos de codificación, está mal definida y de hecho abarca una multiplicidad de sentidos, que la doctrina, basándose en una jurisprudencia abundante y fluctuante, ha intentado teorizar”. (Negrillas mías).

En el informe al presidente de la República de Francia se reconoce que los ordenamientos jurídicos extranjeros, que lo pertinente es interpretar serían aquellos a los que se desea prioritariamente se haga más atractivo el derecho francés como objetivo general de la reforma,

la causa como elemento de existencia del contrato es inexistente. Cabe entonces preguntarse: ¿No sería lógico concluir que a favor de implementar ese atractivo la intención es eliminar definitivamente aquello que es desconocido, por ende, un obstáculo que genera menos atracción? ¿Cómo pretender la aplicación de un derecho donde existe un elemento de existencia del contrato entre aquellos ordenamientos donde es inexistente?

En la misma *sección 2*, concretamente en la *subsección 3: el contenido del contrato*, del informe al presidente de la República de Francia se declara:

“Por eso, **frente a la dificultad de dar al concepto de causa una definición precisa**, que abarque todos los aspectos, **frente a las críticas de las que es objeto tanto de parte de la doctrina como de la práctica, que la percibe como un factor de inseguridad jurídica y un obstáculo para el atractivo de nuestra ley**, se ha decidido no recurrir a esta noción, para reemplazarla por reglas con contornos mejor definidos, permitiendo al juez lograr los mismos efectos, evitando los litigios abundantes que despierta esta noción”. (Negrillas mías)⁸.

Como podrá observarse, la utilización de la palabra *formal* no es repetida en la sección especial correspondiente al establecimiento y regulación de los elementos de existencia del contrato, donde de forma asertiva se expresa su eliminación⁹.

En el informe se reitera lo que la doctrina siempre ha calificado, desde hace más de un siglo, de una real e insuperable dificultad jurídica en materia de la causa, que acusa un claro defecto de ausencia de rigor científico, que conduce a la inseguridad y atenta a la estabilidad de las relaciones contractuales: la falta de una definición concreta¹⁰.

⁸ Sobre este párrafo en concreto CHÉNEDÉ, 2016, p. 85, destaca que él y otros autores ya han explicado se trata de un error dogmático y estratégico.

⁹ Incluso, cuando en el referido informe se comenta el régimen creado para regular el equilibrio en los artículos 1168 y 1169 de la ordenanza, se declara: “Sin embargo, los artículos que siguen aportan correctivos con miras a garantizar una justicia contractual, **a pesar de la supresión del concepto de causa**” (Negrillas mías).

¹⁰ Sobre la falta de una definición de la causa, como requisito de existencia del contrato, cuestión reveladora sobre la ausencia de método, de rigor científico: cfr. LAURENT, François:

Por otra parte, en la transcrita *subsección 3* se afirma que la causa es percibida en la práctica como *un factor de inseguridad jurídica y un obstáculo para el atractivo de la ley francesa*, para acto seguido concluir que la decisión es la de *no recurrir a tal noción*. Tanto cualitativa como cuantitativamente son más los argumentos en pro de la eliminación formal y material que de la subsistencia.

Se puede concluir, de un análisis conjunto de los párrafos que he transcrito del informe en cuestión, que la intención es la eliminación de la causa. El fundamento de la supresión está determinado en el objetivo general plasmado en el informe: hacer más fácil la aplicación de la ley de obligaciones francesa en los contratos de derecho internacional privado, de un lado, por el otro, permitir *a Francia abordar la legislación de muchos derechos extranjeros*.

Lo anterior tendría por fundamento que, como en la *sección 2* del informe se establece, la causa es *ignorada por la mayor parte de los derechos extranjeros como por los diferentes instrumentos europeos de codificación*.

El informe no solo impone que en el derecho interno francés se elimina la causa, sino que igualmente determina, para abordar la legislación de otros *derechos extranjeros*, que los franceses habrá de familiarizarse con la noción de contenido de contrato, para con base en esta desarrollar y aplicar las funciones que ahora le han sido asignadas. Esta es la fórmula bidireccional que se propone la reforma y que permitirá ambos objetivos.

Del referido informe se desprende que no solamente se trata de eliminar la causa, existe evidencia que la intención es sustituirla por la noción del objeto como contenido del contrato, como ya se ha propuesto en el derecho de las obligaciones europeo, lo que le otorga más consistencia al deseo de hacer más atractiva la aplicación del derecho francés en la contratación internacional y de permitir a los franceses abordar los derechos extranjeros en los que tal noción es inexistente.

En tal sentido, en la misma *sección 2, subsección 3: el contenido del contrato* de la ordenanza del 10 de febrero de 2016 se declara:

Principios de Derecho civil, traducción castellana, 2ª ed., por Don Luis Lozano Cardoso, T.XVI, editor J.B. Gutiérrez Puebla, 1914, pp. 161-162; CAPITANT, s.f., pp. 37-39; y, DABIN, 1955, pp. 5-6 y p. 74 nota 21.

“El contenido del contrato, término adoptado por varios instrumentos europeos de armonización de la ley, incluye lo que se señala en la ley francesa del objeto y la causa. Esta subsección contiene, por lo tanto, la modernización y la adaptación a los cambios en la economía, las disposiciones que entran en el código civil del objeto del contrato, y codifica ciertas soluciones jurisprudenciales que habían sido - más o menos artificialmente - relacionadas con la noción de causa. Los contornos del concepto de contenido están definidos con precisión por el conjunto de reglas establecidas en esta subsección, como el alcance de las otras dos condiciones de validez (consentimiento y capacidad) solo pueden entenderse por las disposiciones de cada una de las subsecciones relacionadas a estas”. (Negrillas mías).

La tendencia en Francia también es la de unificar su ordenamiento con el derecho europeo de las obligaciones. Es claro que en el informe se considera que ciertas soluciones jurisprudenciales habían sido *más o menos artificialmente relacionadas con la noción de causa*. Entonces, esas pretendidas soluciones han sido codificadas en el contenido del contrato porque se ha considerado es ahí donde corresponde contemplarlas, con lo cual se hace énfasis en la eliminación y en la absorción de las funciones de la causa por el objeto como contenido del contrato. Esta situación podría interpretarse como la recepción de las tesis de los anti-causalistas que señalaban que la causa se confundía con el objeto y por ello era innecesaria e inútil¹¹.

II.2. De la ley 2018-287 sancionada el 20 de abril de 2018 por el Parlamento francés

Con ocasión de la ley N° 2018-287 del 20 de abril de 2018 uno de los expositores ante el senado francés del informe presentado en nombre de la Comisión de Leyes, el abogado François Pillet, declara: *“si la causa salió por el lado del jardín, volvió a entrar por el lado del patio”*¹², pero también es cierto que él referido abogado, frente a la

¹¹ Esto podría interpretarse como un reconocimiento a las críticas de los anti-causalistas, sobre las cuales v. *infra* §§ 30-32 y 65.

¹² Frase muy similar a la empleada por G. Wicker en su artículo *La suppression de la cause par le projet d'ordonnance: ¿la chose dans le mot?* de 2015, citada por DESHAYES,

sugerencia que se planteó de enmendar la ordenanza sobre el tema aquí tratado, declara que aunque *el contenido y el propósito renvían a las funciones de la causa, de suerte que la jurisprudencia no se encontrará trastornada (...)* Puede que no valga cambiar el orden en este punto¹³.

Esa última declaración puede interpretarse como que definitivamente la noción de causa no es necesaria ni útil, que basta con el contenido del contrato para lograr la más eficiente defensa de las normas imperativas en cuya observancia está interesado el orden público y las buenas costumbres.

Sobre esta situación cabe destacar que la ordenanza no fue modificada, por lo que lo lógico es darle preminencia, al momento de su interpretación, a lo que realmente ha sido estatuido en armonía con lo que en el informe y en los instrumentos integradores luce más coherente, es decir, su eliminación.

Basar en consideraciones tales como que las funciones que a la causa se le atribuyeron implica que la causa perdura, cuando desde el siglo XIX se le asignaban esas aplicaciones por igual al objeto del contrato como para aquella época era entendido, es decir, como la prestación de la obligación, es una discusión que nada va a aportar hoy porque más que de la eliminación de la causa, de lo que se trata es de darle al objeto como elemento del contrato su verdadero alcance, como se había propuesto desde las críticas de Ernts en 1826.

Las declaraciones a que se refieren algunos autores se manifestaron en las lecturas o exposiciones ante el senado antes de promulgar la ley N° 2018-287 del 20 de abril de 2018, no constituye más que opiniones de legisladores, no hay constancia de reforma alguna en la

GENICON y LAITHIER, 2016, p. 289, nota 467 en la que expresa: "... si el término causa desaparece de los textos, el hecho que estos estén fundados sobre la noción implicaría que su interpretación procede necesariamente de la teoría de la causa. **Sacada por la puerta, la causa regresará inevitablemente a través de la ventana**" (Negrilla mías).

¹³ Deshayes, Olivier; Genicon, Thomas y Laithier, Yves-Marie: Ratification de l'Ordonnance Portant Réforme du Droit des Contrats, du Régime Général et de la Preuve des Obligations, en La Semaine Juridique, No. 18, 30 de abril de 2018, disponible en: file:///Users/acetbet/Downloads/COMM.%20LOI%20RAT.%20REFORME%20CONTRATS%20(D,%20L%20&%20G).pdf, especialmente p. 888, nota 20. También exponen en el sentido de que las funciones que la jurisprudencia le atribuyó a la causa están consagradas en la reforma: Sacha Holulié, y la profesora Nicole Belloubet.

materia, por tanto es también perfectamente factible, y estaría sustentado jurídicamente, afirmar que la causa fue eliminada como elemento de existencia del contrato utilizando como prueba el informe al presidente de la República de Francia, que manifiesta una clara intención no modificada por el legislador actuando como cuerpo colegiado.

De seguidas paso a exponer cuál es la situación de la causa como elemento de existencia del contrato en los instrumentos integradores del derecho de las obligaciones en la UE.

II.3. La situación según los instrumentos integradores de la UE.

Respecto de la eliminación de la causa en el derecho de las obligaciones europeo¹⁴, en los *Principles of European Contract Law* (PECL) partes I y II no existe ninguna regulación sobre la causa del contrato que permita controlar la licitud o la moral de los contratos.

Para Angel Yagüez esa falta de regulación se debe a la imposibilidad de existencia de uniformidad de criterios en lo que a la regulación de tales materias respecta entre los Estados miembros¹⁵, es decir, imperaron razones de conveniencia y oportunidad, no jurídicas.

En la parte III de los PECL, concretamente en el artículo 15:101¹⁶ se trata el tema de los contratos que atentan contra el orden público y las buenas costumbres. La norma está redactada en términos tales que en los comentarios a dicha disposición se afirma que el propósito no es otro que *evitar los diversos conceptos nacionales de inmoralidad, ilegalidad o ilicitud en el common law*, orden público, buenas costumbres etc. Al mismo tiempo, hay quien señala que en las notas al citado

¹⁴ Al respecto v. ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de: *Derecho de obligaciones en Europa, algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas*, 1º ed., Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2003, p. 72. En Venezuela, LUPINI BIANCHI, Luciano: *La responsabilidad precontractual en el derecho comparado y en Venezuela (Tratos preliminares, cartas de intención, minutas, formación progresiva del contrato, precontratos y las patologías de la fase precontractual a la luz del principio de la buena fe)*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1ª ed., serie discursos 4, 2013, pp. 130-133.

¹⁵ ANGEL YAGÜEZ, 2003, pp. 78-79.

¹⁶ “Un contrato no tiene efecto en la medida en que sea contrario a los principios reconocidos como fundamentales en las leyes de los Estados miembros de la Unión Europea”. Disponible al 14/06/2018 en: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/15.101.html> (traducción libre).

artículo *se hace amplia alusión al tratamiento de la inmoralidad en la doctrina de la causa*¹⁷.

En el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) también se elimina toda referencia a la causa como elemento del contrato. Al comentar dicho instrumento, haciendo referencia al derecho español, ha sido afirmado:

“Hemos intentado poner de manifiesto, en el apartado anterior, que la causa no desempeña una función esencial en el sistema contractual español. Sino que los otros elementos esenciales del contrato –consentimiento y objeto–, junto con el deber general de respeto al orden público (art. 1255 CC), pueden suplirla perfectamente”¹⁸.

En el *Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, específicamente con ocasión de los comentarios realizados sobre el artículo 30.1.¹⁹, disposición en la cual se regula el contenido del contrato como elemento de existencia de este se afirma:

“Sí supone una novedad, más formal que material, el hecho de que el Anteproyecto concentre en la regulación de las condiciones del contenido (para nosotros: los requisitos del objeto) el control de licitud, confiado en el Derecho español, a partir de la regla relativa al principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), tanto al régimen del objeto del contrato (art. 1.271) como al de la causa (ilícita: art. 1.275 CC). La elección operada por la Academia de Iusprivatistas Europeos, y la concentración que lleva consigo, son consecuencia de la desaparición de la causa como requisito específico del contrato”²⁰.

¹⁷ Cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, 2003, p. 80.

¹⁸ Transcripción que de parte de la obra de Esteve Capdevila, hace ÁNGEL YAGÜEZ, 2003, p. 85, nota 111. Por cierto, ÁNGEL YAGÜEZ, 2003, loc. cit., expresa su propia opinión sobre la eliminación de la causa y acoge la tesis de Capdevila en los términos siguientes: “A mi entender, son sólidas las razones que se invocan para prescindir del concepto de *causa*. Es posible que los problemas que tradicionalmente creemos solventar con el concepto se resuelvan igualmente mediante el recurso a la *ilicitud*, no ya del «objeto», sino del contrato (o, en general, del acto jurídico) como tal”.

¹⁹ “El contenido del contrato es lícito cuando no es contrario a las disposiciones de este Código, a las disposiciones comunitarias o nacionales, al orden público o a las buenas costumbres”, texto disponible al 14/06/2018 en: http://www.academia.edu/9398396/CODIGO_EUROPEO_DE_CONTRATOS_TR_PAVIA

²⁰ V. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos* (Pavía), comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de

Si adminiculamos cuanto ha sido hasta aquí expuesto sobre la eliminación de la causa en los instrumentos integradores del derecho de las obligaciones en la UE con lo que en el informe a la Presidencia de la República de Francia se expone, resulta serio un planteamiento contra la propuesta de que la intención del legislador francés sea la de mantener materialmente como elemento de existencia a la causa.

La causa es considerada como que perturba el propósito de la reforma y por ello se fomenta el objeto como contenido del contrato, alineándose así Francia con los instrumentos integradores de la UE a la que ella pertenece, como luce es la intención plasmada en el informe elevado a la Presidencia de la República de Francia.

No puede omitirse, cuando de una propuesta como la que antecede se trata, que no debe entenderse como una simple coincidencia el que en el informe al cual he aludido en tantas oportunidades se afirma por los franceses que ciertas de las soluciones jurisprudenciales por ellos creadas en relación a la causa habían sido, en un mayor o menor grado, relacionadas *artificialmente* con esta noción, con el hecho que con ocasión de los instrumentos integradores los comentarios que predominen sean no solo la eliminación de la causa, sino especialmente el hecho que su supresión responde a que las funciones que se le asignaban son todas reconducibles, como ya se afirmaba en el siglo XIX, al objeto del contrato, pero ahora entendido como contenido de este.

Expuesta la situación sobre la eliminación o no de la causa como elemento de existencia del contrato conforme al informe presentado a la Presidencia de la República de Francia, la ley 2018-287 sancionada el 20 de abril de 2018 por el parlamento francés, más los instrumentos de integración del derecho de las obligaciones en la UE, paso entonces a analizar cada una de las disposiciones de la ordenanza sobre el contenido del contrato como objeto de este en las que se afirma, por una parte importante y calificada de la doctrina francesa, subsiste materialmente la causa como elemento de existencia del contrato.

los Mozos y de los Mozos T. I, AA.VV., dirigido por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta y José M.^a Caballero, Madrid, DYKINSON, S.L.-UNIVERSIDAD DE BURGOS, 2003, p. 193.

III. DE LAS NORMAS DE LA SECCIÓN 2: VALIDEZ DEL CONTRATO, SUBSECCIÓN 3: EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Bajo este título comenzaré con una breve explicación sobre lo que es el objeto como contenido del contrato (III.1.), para luego analizar brevemente cada norma en concreto (III.2.).

III.1. Del contenido del contrato como su objeto

El objeto como contenido del contrato no es una noción reciente. Se trata de un concepto desarrollado por el reconocido autor italiano Giorgio Giorgi a principio del siglo XX. Es una concepción que se aparta de la que había predominado hasta aquel momento según la que el objeto del contrato consiste en la obligación, más concretamente, en el objeto de la obligación de origen contractual, es decir, en la prestación en sí misma²¹.

Para Giorgi, el objeto del contrato consiste “No ya en la materialidad del hecho constitutivo de la prestación contractual, sino también en los motivos y el objeto de la misma y las modificaciones accidentales que por ventura se añadan. En dos palabras, suprimidas las personas de los contratantes, todo lo que queda se llama *contenido del contrato*”²².

La noción del contenido del contrato como su objeto ha sido acogida en los códigos de Alemania, Brasil, Portugal y Suiza²³.

En el moderno derecho civil francés se afirma que el contenido del contrato es un término aproximativo, designa o comprende tanto las prestaciones prometidas más el conjunto de *estipulaciones* (entendidas estas como relativas a las prestaciones prometidas) como el propósito del contrato que es exterior a estas prestaciones²⁴.

²¹ Sobre esta noción clásica del objeto del contrato como elemento de existencia v. MÉLICH ORSINI, José: *Objeto o contenido del contrato*, en Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos, libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003, AA.VV., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1º ed., 2003-B, pp. 410-412.

²² GIORGI, Jorge: *Teoría General de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, traducida de la 7ª edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, V.III, Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1929, pp. 299-300.

²³ Al respecto, MÉLICH ORSINI, 2003, pp. 415 y las notas 16 y 17.

²⁴ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017 p. 339.

También se le ha definido como la reunión, bajo una etiqueta común, del conjunto de las condiciones de validez que no relevan el consentimiento y la capacidad, es decir, el objeto y la causa²⁵.

Nótese como en definitiva se trata del concepto de Giorgi, es decir, el contenido del contrato está referido a todo lo que no sea las partes contratantes. Se excluye al consentimiento y a la capacidad, que son esencial y exclusivamente de naturaleza subjetiva. Por cierto, en Venezuela la capacidad no es un requisito de existencia sino de validez (art. 1.142 Código civil venezolano).

III.2. Breve análisis de las normas que se afirma mantienen la existencia material de la causa

Bajo este título analizaré cada una de las normas de la ordenanza que se afirma contienen aplicaciones de las funciones que habían correspondido a la causa, conforme la doctrina que comentaba las disposiciones originales del Código Napoleón, así como las desarrolladas jurisprudencialmente.

Iniciaré ese desarrollo con el orden público y las buenas costumbres (III.2.1.); haré referencia a la suficiencia de la contrapartida (III.2.2.); para continuar con la ausencia de causa, causa falsa y ausencia de interés (III.2.3.); y concluiré tratando sobre el equilibrio entre prestaciones (III.2.4.).

III.2.1. Orden público y las buenas costumbres

Como el contenido del contrato impone tomar en consideración no solamente las estipulaciones contractuales mismas, sino también el propósito del contrato, las exigencias del orden público mantienen su vigencia, se trata de la licitud del contrato, por algunos autores denominada *conformidad social del contrato*²⁶.

²⁵ CHÉNEDÉ, 2016, p. 76.

²⁶ Expresión empleada por E. SAVAUX, citado por DESHAYES, Oliver; GENICON, Thomas; y LAITHIER, Ives-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime Général et de la preuve des obligations* (commentaire article par article), Paris, LexisNexis, 2016, pp. 261-298, p. 261.

La primera norma sobre el elemento contenido del contrato como su objeto, en la reforma del Código civil francés mediante la ordenanza N° 2016-131, que se pretende conserva parte de las funciones que la doctrina y la jurisprudencia había asignado a la causa, está contenida en el artículo 1162, que reza:

“El contrato no puede derogar el orden público ni por sus estipulaciones, ni por su propósito, aunque este último haya sido conocido o no por todas las partes”.

En la doctrina francesa se afirma que el artículo 1162 transcrito domina simultáneamente el terreno de la licitud del objeto y el de la causa. Concretamente, se pretende que esta disposición abarcaría lo que en el Código civil francés de 1804 ya estaba contemplado en el artículo 1133²⁷ en el que se disponía:

“La causa es ilícita cuando está prohibida por la ley, cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

Una primera observación de la moderna doctrina francesa es que en el vigente artículo 1162 ninguna referencia se hace a las buenas costumbres. Sin embargo, se advierte sin reservas que ello no implica que se haya descartado la ilicitud por tal concepto debido que ese supuesto está contemplado, a su vez, en el artículo 6° del Código civil francés que permanece inalterado y cuyo texto es el siguiente:

“No pueden derogarse por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres”.

La disposición contenida en el vigente artículo 1162 del Código civil francés regula la misma materia que la del artículo 6° *eiusdem*, por lo tanto, es innecesaria, lo que ha sido claramente expresado por parte de la doctrina francesa al calificar el primero de los citados artículos como redundante respecto del segundo²⁸.

²⁷ Cfr. CHÉNEDÉ, 2016, p. 77; DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 261; y, MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017, p. 352.

²⁸ Ver François Clément en: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect3-contenu-contrat/> [consultado el 05/05/2018]

Autores franceses son de la opinión que el artículo 1162 domina simultáneamente el terreno de la licitud del objeto y el de la causa, porque con ocasión de la violación al orden público o interés general, las buenas costumbres y las prohibiciones de la ley, los seguidores de la teoría de la causa, y la jurisprudencia, consideraron al contrato nulo atendiendo a la existencia de un propósito ilícito (orden público y prohibición de la ley) y/o inmoral (buenas costumbres).

Ahora bien, un análisis objetivo, que tome en cuenta las críticas que los anti-causalistas formularon a la teoría de la causa, materia sobre la cual por cierto es poco lo que en Venezuela ha sido expuesto, llevará a la conclusión que desde el siglo XIX se proponía la eliminación de la causa como elemento de existencia del contrato sobre la base que a través de la noción de objeto de contrato, como era entendida para aquel momento, se solucionan igualmente los mismos casos de violación al orden público, a prohibición de la ley y a la moral.

En efecto, al comentar el antiguo artículo 1133 del Código civil francés de 1804, hoy según parte de la doctrina francesa sustituido por el 1162, se afirmaba era una norma innecesaria. El fundamento de tal proposición lo constituye el hecho, ratificado por la doctrina de este siglo, que los supuestos regulados en tal disposición están a su vez contemplados en el artículo 6° del Código Napoleón, norma que permanece sin alteración alguna. También estaban esos casos comprendidos en el artículo 1128 ahora derogado, que establecía la indisponibilidad²⁹.

Los ejemplos analizados por la doctrina que en el siglo XIX se consideraban violatorios del artículo 1133 del Código civil francés de 1804, se refieren a casos que sobre la base de lo que se denominó *causa ilícita* se anularon, a su vez se entendían comprendidos en los supuestos de los artículos 6° y 1128 *eiusdem*, por lo que eran clasificados en doctrina bajo un título común: “Orden Público y Soberanía”. Ahí se incluían casos en los que convencionalmente se pretendió *disponer de cargos públicos, dimisiones contra pagos de dinero; presentación del*

²⁹ Así lo destacaban LAURENT, 1914, p. 190; PLANIOL, 1926, p. 374; y DABIN, 1955, pp. 102-103. Cabe aquí recordar que Laurent publicó su obra en 1878, Planiol en 1900 y Dabin en 1919, esto para poner de relieve que desde hace más de un siglo, y varias décadas, se ha hecho referencia a una innecesaria repetición, que si se sigue a François Clement, se ha vuelto a incurrir.

*sucesor de funcionario al cargo y estipulación de un precio con motivo de la presentación; la venta de empleos donde el adquirente paga un precio por el uso de las influencias del que le ofrece conseguirse; tráfico de influencias para la obtención del pago de lo adeudado por el Estado a uno de sus proveedores; contrato de asociación entre escribanos para la explotación de sus cargos, etc.*³⁰.

De las decisiones adoptadas sobre los asuntos referidos a las materias comprendidas en esas convenciones se desprende que no eran susceptibles de ser *objeto de contrato*. Se trata que el objeto, por su indisponibilidad jurídica, no era susceptible de tráfico alguno, es decir, es un asunto de imposibilidad jurídica, no sobre cuál podría ser el propósito o el motivo de las partes al contratar.

La situación descrita se replica en materia de prohibiciones de la ley, donde al pronunciarse los tribunales sobre materias relativas a *fabricación de remedios secretos, loterías prohibidas en Bélgica y Francia, y los convenios de fraude al fisco se arribó a la misma conclusión*: se determinó no son susceptibles de tráfico jurídico. Hay entonces imposibilidad jurídica por indisponibilidad de la materia, tema que *per se* da lugar a la nulidad de la convención celebrada³¹.

Participando de la misma naturaleza, es decir sobre la indisponibilidad jurídica de la materia, usando como base de la nulidad la teoría de la *causa ilícita*, se resolvieron los casos relativos a contratos celebrados con *los proxenetas o intermediarios que procuran la celebración de matrimonios a cambio del pago de un precio sujeto a la condición de buen éxito; y los casos de concubinato y prostitución*. En el último de tales supuestos, se trata de que respecto de los prostíbulos existe una manifiesta *imposibilidad jurídica del objeto*, clásico ejemplo citado en los manuales de derecho por los que los venezolanos estudiamos en el pregrado; igual es el caso de *los libros inmorales*, que no pueden ser materia de contrato³².

Cabe advertir, a un perspicaz observador que señale que la doctrina y decisiones aquí citadas son del siglo XIX, que el tema está planteado

³⁰ LAURENT, 1914, pp. 191-201.

³¹ LAURENT, 1914, pp. 217-224.

³² LAURENT, 1914, pp. 229-234.

de forma similar, por no decir calcada, con ocasión de la reforma a que ha dado lugar la ordenanza del 16 de febrero de 2016.

A tal observador habría que advertirle que cuando consulte este tema en la doctrina moderna, encontrará que el planteamiento es el mismo. En lo que a la ilicitud de las convenciones respecta, los autores franceses que comentan la ordenanza incluyen los asuntos que califican *del dominio público, funciones públicas e investiduras públicas*. De hecho, se cita la sentencia del 03-11-2004, caso “*Front National*, donde se declara la nulidad de una convención *luego de haber establecido soberanamente que la causa del compromiso suscrito era en realidad la investidura de la candidatura para la asociación y el ejercicio de funciones electivas*, reconociendo *en buen derecho que tal causa era ilícita, como teniendo un objeto fuera de comercio*”³³. Nótese como incluso se superponen dos elementos distintos, supuestamente autónomos e independientes.

Destacando las mismas materias, son señaladas como convenciones susceptibles de nulidad las cosas o actividades ilícitas tales como *sepulturas, cuerpos humanos, actividades profesionales sujetas a autorización e investiduras políticas*³⁴.

En el mismo sentido, se distinguen como supuestos de actividades ilícitas *el caso de la prestación de matar a salario y la entrega de productos estupefacientes*³⁵. Sobre el objeto ilícito como título de la nulidad del contrato para cometer homicidio, no la causa ilícita, se pronuncia en el derecho francés Planiol³⁶.

En relación con la norma del artículo 1162 de la ordenanza, debo destacar un aspecto que podría traducirse en un serio obstáculo para alcanzar los fines o propósitos de la reforma expresados en el informe presentado a la Presidencia de la República de Francia.

Con base en la señalada disposición se podría demandar la nulidad de un contrato independientemente de si la ilicitud del *propósito o motivo de uno solo de los contratantes es o no conocido por el otro*. En relación a ese supuesto ha sido afirmado que la norma es contradictoria

³³ Por ejemplo, MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017, pp. 343-344.

³⁴ CHÉNEDÉ, 2016, p. 77.

³⁵ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, pp. 261-262.

³⁶ PLANIOL, 1926, p. 374.

porque más que referirse al propósito del contrato, lo que sería conteste con el contenido de ese tipo de negocio jurídico, alude al propósito de una de las partes³⁷.

La posibilidad que el contrato sea anulado porque uno de los contratantes persiga un propósito ilícito, desconocido para el otro, da al traste con uno de los fundamentos de la teoría de la causa que había predominado hasta finales del siglo XX. El motivo ilegal de uno solo de los contratantes siempre se había considerado *fuera del campo contractual, y, por consiguiente, no puede ejercer ninguna influencia sobre la validez de las obligaciones*. Esta premisa, que da seguridad y estabilidad a las relaciones contractuales es destacada, entre otros, por Henry Capitant³⁸.

Entonces para que la nulidad del contrato pudiera producirse con fundamento en la ilicitud del propósito o motivo ilícito, tradicionalmente se requería que el contrato fuese celebrado por ser ese motivo común a todas las partes. Como excepción a esa regla, se admitía la nulidad cuando el motivo era por lo menos reconocible³⁹ para el contratante “inocente”.

La anterior premisa cambia cuando con ocasión de una sentencia de la primera cámara de la Corte de casación francesa de fecha 07/10/1998, fue declarado el propósito o motivo ilícito de una de las partes dentro del campo contractual, por tanto se le adjudicó la cualidad de título de nulidad, entonces el principio comentado experimentó un cambio⁴⁰.

Con ocasión del texto del artículo 1162 de la reforma del Código civil francés por la ordenanza N° 2016-131 algunos han considerado que se acoge el criterio adoptado en la sentencia del 07/10/1998⁴¹.

³⁷ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 262.

³⁸ CAPITANT, s.f., pp. 23-24. También resaltan en Francia la irrelevancia de la ilegalidad del motivo de una sola de las partes, como causal de invalidez del contrato con base en la causa ilícita, autores como RIPERT, G. y BOULANGER, J: *Tratado de Derecho Civil* (traducción del francés por Delia García) Tomos IV y V, *Las obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 187 y 208; y más recientemente, GHESTIN, Jacques: *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, Paris, 2006, p. 65.

³⁹ RIPERT y BOULANGER, 1964, p. 187; y GHESTIN, 2006, p. 65.

⁴⁰ GHESTIN, 2006, pp. 97-98.

⁴¹ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 262.

Cabe destacar que cuando se declara la nulidad de un contrato sobre la base del motivo ilícito que para celebrarlo tenía la otra, a los efectos de las restituciones de lo recibido con ocasión del negocio anulado, se sugiere hacer valer a la regla *nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*. En el derecho francés tal regla es una creación de la jurisprudencia, consiste en que el contratante inocente se negaría a la restitución de la prestación por él recibida. Sin embargo, esta solución no resuelve el caso en que el contratante inocente fue quien ya cumplió la prestación y debe accionar para la restitución de lo que ya ha dado.

La aplicación del cambio experimentado a la luz de la sentencia de la Corte de casación del 07/10/1998 y el artículo 1162 de la ordenanza constituye en mi opinión un real atentado contra la estabilidad y seguridad de los contratos. Esta incertidumbre puede resultar muy perjudicial para el mercado primario, también para el secundario.

III.2.2. La suficiencia de la contrapartida

Otra disposición sobre el contenido del contrato como requisito de su existencia, en la que en la reforma del Código civil francés mediante la ordenanza N° 2016-131 tiene relación a una función que la doctrina y la jurisprudencia había asignado a la causa, es la contenida en el artículo 1168 que establece:

“En los contratos sinalagmáticos, la falta de equivalencia de las prestaciones no es una causa de nulidad del contrato, a menos que la ley disponga lo contrario”.

Sobre tal disposición se afirma es la reformulación del antiguo artículo 1118 del Código civil francés de 1804⁴², en el que se disponía:

“La lesión no vicia las convenciones sino en ciertos contratos o en relación a ciertas personas, según se explica en esta sección”.

La norma contenida en el artículo 1168 de la ordenanza consagra el principio según el cual las partes *son quienes definen la justicia*

⁴² Así lo señalan CHÉNEDÉ, 2016, p. 84; y, DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 284.

económica de su acuerdo, es decir, la equivalencia de las ventajas pretendidas⁴³, o como otros lo expresan, es una disposición que *presume que las partes son los mejores jueces de sus intereses, es para ellas que es relevante apreciar el valor de las prestaciones recíprocas*⁴⁴.

No obstante la norma se refiere a los contratos sinalagmáticos, algunos autores sugieren debe interpretarse abarca a los contratos conmutativos definidos en el artículo 1108 de la ordenanza⁴⁵. Sobre esa base, se afirma que el artículo 1168 no solo aplica a los contratos-intercambio, sino también a todo contrato-organización como es el caso de la sociedad y el contrato de asociación, *porque más allá de la equivalencia de las prestaciones, es en la equivalencia de las ventajas que está la cuestión*⁴⁶.

Con base en lo expuesto se concluye que la redacción de la norma consagra entonces la indiferencia de la lesión como una causa de rescisión del contrato, reafirmando el principio de la conmutatividad subjetiva de los contratos contemplado en el artículo 1108 de la ordenanza⁴⁷.

No sobra recordar aquí que la tesis del equilibrio entre las prestaciones acogida por la jurisprudencia francesa como una de las tantas funciones de la causa fue cuestionada. Esto se debe a que la ley misma, es decir, el entonces artículo 1118 del Código civil de 1804, desconocía a la lesión, como regla general, la condición de causal de nulidad del contrato⁴⁸.

La consagración del comentado artículo 1168 de la ordenanza moderada, por no decir que desestima o pone fin de manera general, a las tesis de Pierre Louis-Lucas en 1913 y Jacques Marty en 1920, cuyo más remoto antecedente se afirma encontrar en Aubry y Rau⁴⁹, sobre una pretendida equivalencia objetiva o enriquecimiento suficiente entre las prestaciones, lo que se denominó como *causa suficiente*.

⁴³ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 284.

⁴⁴ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017, pp. 349; y, CHÉNEDÉ, 2016, p. 84.

⁴⁵ “El contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se compromete a procurar a la otra una ventaja que se considere equivalente a la que ella recibe”.

⁴⁶ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 284.

⁴⁷ Cfr. los autores citados en las notas 43 y 44.

⁴⁸ ESMEIN, P.: *Las obligaciones*, T.VI, del *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés* de Marcelo Planiol y Jorge Ripert, traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, La Habana, Editorial Cultural, S.A., 1946, pp. 354-355; y, GHESTIN, 2006, p. 53.

⁴⁹ Cfr. CAPITANT, s.f., 38.

Esas tesis promovieron la nulidad del contrato sobre la base de una insuficiencia entre las contraprestaciones, tenían por objeto poner fin a la subjetividad que tuvo un rol fundamental en la teoría de la causa, tratando de eliminar la referencia a los aspectos psicológicos porque estos son parte de la razón de la crítica sobre el hecho de la confusión de la *causa final* o motivo determinante con el consentimiento⁵⁰.

Sin embargo, el tema del equilibrio de las prestaciones está ahora abordado de forma específica, no general como fue propuesto originalmente, en las normas referentes a las cláusulas abusivas a que se refieren los artículos 1170 y 1171 de la ordenanza. En el presente artículo solo analizaré el artículo 1170 y los problemas de interpretación que se afirma tendrán lugar⁵¹.

III.2.3. Ausencia de causa, causa falsa y ausencia de interés

Se afirma que impide plantear la eliminación de la causa como elemento de existencia del contrato, e impone analizar la teoría clásica de la causa cuya autoría se atribuye a Domat⁵², más la reformulación que ante las observaciones de los anti-causalistas dio lugar al neocausalismo que tiene como principal representante a Capitant⁵³, el artículo 1169 de la ordenanza que dispone:

⁵⁰ Al respecto puede consultarse a GHESTIN, 2006, pp. 52-54.

⁵¹ V. *Infra* §§ 45-58.

⁵² La teoría clásica de la causa se resume de la siguiente forma: “1° En los *contratos sinalagmáticos*, la obligación de cada una de las dos partes tiene por causa *el compromiso asumido por la otra*. Las dos obligaciones se sostienen mutuamente y se sirven, como lo dice Domat, de «fundamento» la una a la otra. /2° En los *contratos reales*, como el préstamo, o en los que hay una sola obligación, esta obligación nace por la entrega de la cosa. Es la *prestación hecha* que «forma» la obligación, que está en «fundamento» o la «causa». /3° En los *contratos gratuitos*, donde no hay recíprocas obligaciones, ni prestación anterior, la «causa» de la obligación del donante no puede ser buscada más que en los *motivos* de la intención liberal, es decir en la razón dominante que ha llevado al autor de la donación a consentir. Esto es lo que ha hecho Domat, y es imposible encontrar otra cosa que pueda servir de causa a la promesa de donar”. Resumen tomado de PLANIOL, 1926, p. 369.

⁵³ De manera resumida y superficial basta con aquí señalar que Capitant reformula la parte más importante de la teoría clásica de la causa, la referida a los contratos bilaterales, señalando que *en realidad, es evidente que si una parte se compromete, no lo hace solamente para que la otra se obligue también*, por lo que en su opinión, lo fundamental es que las dos

“Un contrato a título oneroso es nulo cuando, al momento de su formación, la contrapartida convenida en beneficio de la persona comprometida es ilusoria o irrisoria”.

Se pretende que esa disposición sustituye al antiguo artículo 1131 del Código Napoleón en que se establecía:

“La obligación sin causa, o con una causa falsa, o sobre una causa ilícita, no puede tener efecto alguno”.

Esta última disposición se aplicaba, según algunos autores, a la *exigencia de la causa abstracta de la obligación*⁵⁴, es decir, debía bastar para el control del contrato verificar que existía una contrapartida, no examinarla en atención a la utilidad concreta de una de las partes.

Al analizar el artículo 1169 de la reforma ha sido expresado:

“El derecho de los contratos podría haber prescindido del artículo 1169; pero, luego de siglos de teoría de la causa, los redactores de la ordenanza puede que no tuvieran la osadía de tomar un rumbo tan radical; por lo tanto se mantiene la nulidad que se había precedentemente fundado sobre la ausencia de causa, independientemente de todo vicio del consentimiento”⁵⁵. (Negrillas mías).

Lo transcrito no parece acorde con lo que se expresa en el informe a la Presidencia de la República de Francia, donde la intención manifestada es que la causa ha sido eliminada, como de su propio texto se desprende⁵⁶.

De la cita transcrita debo destacar que la pretendida no eliminación se ha entendido como el producto de que *luego de siglos de tradición*

obligaciones correlativas son como el primer paso para preparar el resultado definitivo, que no es otro que la realización de las prestaciones pactadas, para entonces concluir que *la causa que determina a obligarse a las partes, es la voluntad de obtener la realización de la prestación que le ha sido prometida en cambio*. Cfr. Capitaint, s.f., pp. 42-43.

⁵⁴ MAZEAUD y CHABAS, 1991, pp. 247-248.

⁵⁵ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017, p. 348.

⁵⁶ V. *supra* §§ 10-15.

de teoría de la causa, los redactores de la ordenanza puede que no tuvieran la osadía de tomar un rumbo tan radical. La expresión clave contenida en tal afirmación es *puede que no tuvieran la osadía*, entonces los autores que emiten tal opinión no están seguros que la acción ejecutada no haya sido la efectiva eliminación, de tener la certeza que no hubo ninguna intención de eliminación efectiva se habrían expresado de otra forma, omitiendo una expresión como la referida. Por otro lado, la falta de expresiones que constituyan un fundamento sólido a favor de la vigencia de la causa, eleva el grado de incertidumbre sobre el pretendido efectivo mantenimiento, como sobre la conveniencia de hacerlo, cuando por el contrario del informe se desprenden inequívocas expresiones a favor de su eliminación.

Con base en el artículo 1169 de la ordenanza se afirma se resuelven casos sobre la base de *ausencia de causa* porque es inexistente la contrapartida pretendida.

En tal sentido, se citan como ejemplos con ocasión del contrato de seguros los supuestos resueltos antes de la reforma mediante la declaratoria de la nulidad de la cláusula *que permite al asegurador percibir las primas sin contrapartida, y de la cláusula subordinando la garantía al ejercicio por la víctima de su reclamación durante la vigencia del contrato*⁵⁷.

Igualmente, se citan como casos en los que el artículo 1169 aplicaría para declarar la nulidad del contrato, con fundamento en la *ausencia de causa*, los supuestos que tratan de la *remuneración prometida a un genealogista para descubrir una sucesión ya conocida; de la remuneración a intermediario por negociar y redactar documentos de cesión de arrendamiento no consentidos por arrendador; de la renta vitalicia cuyos réditos son inferiores a los ingresos de las cosas transferidas con ocasión de su constitución; de la compra de un vehículo que no es comercializable en Francia; y de la cesión de una autorización administrativa de carácter personal*⁵⁸.

En los supuestos del genealogista y la renta vitalicia, considero importante destacar que en los siglos XIX y XX fueron decididos casos

⁵⁷ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017, p. 348., nota 42.

⁵⁸ *Ibidem*.

similares sobre la base de la *causa suficiente*. Esta noción fue entendida como que la inexistencia del alea se traducía en la *insuficiencia, ausencia o falta de causa*⁵⁹. Como ya fue expuesto, la noción de *causa suficiente* no goza de aceptación sin importantes reservas en Francia⁶⁰.

En el caso del genealogista el fundamento de la nulidad por *ausencia de causa* es cuestionable no en cuanto a la solución en sí misma, sino por el hecho que a la misma conclusión se puede arribar porque el alea es un elemento, como expondré con más detalle⁶¹, que puede plantearse relacionado con el objeto del contrato, no con la causa.

En el supuesto de la renta vitalicia se podía argüir que la falta de equivalencia conlleva la aplicación de la rescisión por lesión cuando no hay norma expresa que contemple tal supuesto, por lo que existen serias dudas sobre esta función que se pretende atribuir a la causa con ocasión de tales contratos.

En cuanto al alea, como por ejemplo es el caso del riesgo en el contrato de seguros, es decir, la posibilidad de que ocurra el siniestro que da lugar a la responsabilidad del asegurador y que da lugar a la indemnización, se trata de un asunto más relacionado con el dominio del objeto del contrato que con el de la causa⁶².

En efecto, si el riesgo ya se verificó en el contrato habrá ausencia de alea y el negocio jurídico será tan nulo como si el riesgo fuera de

⁵⁹ Cfr. LAURENT, 1914, pp. 179-180; ESMEIN, 1946, p. 359; y RIPERT y BOULANGER, 1964, pp. 195-196.

⁶⁰ V. *supra* 36,

⁶¹ *Infra* § 40.

⁶² Este tema ha sido debatido con ocasión el contrato de seguros en Venezuela. Aunque el presente artículo versa sobre la reforma francesa pienso es necesario dar información adicional que proporcione mayor claridad al hecho de si la causa fue eliminada formalmente o si en efecto se recondujo al lugar que *ad initio* le correspondía, es decir al objeto del contrato, lo que a aquella fue inicialmente atribuido. Así, explica claramente la situación en lo que al contrato de seguros se refiere, concluyendo que el riesgo es parte del objeto de ese contrato y que el interés en la celebración del contrato es la causa, MÁRMOL MARQUÍ, Hugo: *Fundamentos del seguro terrestre*, Caracas, 4ª ed., Ediciones Liber, 1999, pp. 96-106. Es importante hacer énfasis que para Mármol Marquís la causa del contrato de seguro es el interés, no el riesgo. En definitiva, lo aleatorio está en relación directa con el riesgo, es un asunto que forma parte del objeto del contrato que debe ser posible -material y jurídicamente- lícito, y determinado o determinable (art. 1.151 del Código civil venezolano). Por otra parte, CHENEDÉ, 2016, p. 91, al referirse los contratos aleatorios en general, textualmente expresa que *la causa de la obligación no reside en efecto en el alea, sino como en todos los contratos a título oneroso, en la contrapartida recibida*.

imposible realización⁶³, en tal caso no hay ninguna relación con temas de ilicitud u orden público, ni con lo moral o las buenas costumbres. En ambos casos estaríamos ubicados en una condición que por mandato expreso de la ley (artículo 1163 de la ordenanza en Francia equivalente al 1.155 del Código civil de Venezuela) el objeto del contrato debe cumplir: la posibilidad material de su existencia.

En materia de *venta a manera de renta vitalicia*⁶⁴, algunos autores franceses son de la opinión que la causa del contrato es el alea⁶⁵. Otros tratadistas afirman que en los contratos aleatorios la *causa de la obligación no reside en efecto en el alea* y al explicar la jurisprudencia de la Corte de casación francesa concluyen que *la ausencia de alea en razón de la muerte inminente del acreedor ... vuelve la contrapartida suministrada por el deudor irrisoria ...*, y entonces *priva de causa la obligación del acreedor ...*, por lo que entonces *si el defecto de alea justifica la nulidad del contrato por ausencia de causa, es únicamente porque esta ausencia de alea hace la contrapartida ilusoria o irrisoria*⁶⁶. Como se podrá observar la determinación de la relación del alea con la causa del contrato es realmente confusa en Francia.

⁶³ HALPERIN, citado por MÁRMOL MARQUÍ, 1999, p. 104. En Venezuela, la Ley del Contrato de Seguro, derogada por decreto ley presidencial N° 2.178 del 30 de diciembre de 2015, en su artículo 49 declaraba nulo el contrato de seguro si al momento de su celebración el riesgo no existía o ya hubiere ocurrido. En tales supuestos la posibilidad material del riesgo es imposible, por lo tanto, el contrato carece de objeto.

Por providencia administrativa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, Resolución N° FSAA-9-00661 del 11 de julio de 2106 publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.973 de fecha 24 de agosto de 2016, se dictaron las “Normas que regulan la relación contractual en la actividad aseguradora”. Dejando aquí de lado el análisis de la infracción que esta providencia representa a derechos constitucionales fundamentales, lo cierto es que en su artículo 35 define al riesgo como “...la posible ocurrencia por azar de un acontecimiento que no dependa exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, que ocasione una necesidad económica, y cuya aparición real o existencia se previene y garantizada en la póliza”. A su vez, en el artículo 40 de la citada providencia se establece que “El contrato quedará sin efecto si el riesgo dejare de existir después de su celebración”. Como podrá observarse, el riesgo es tratado como objeto del contrato de seguro, su imposibilidad de ocurrencia o el hecho de perder la condición de tal por haberse verificado, implican falta de objeto y dan lugar a su nulidad.

⁶⁴ Sobre este contrato, v. MALAURIE, Phlippe y AYNÈS, Laurent, *Les contrats spéciaux civil et commerciaux*, T. VIII, Paris, edition Cujas, 7^e ed. 1993, pp. 545-554.

RIPERT, G. y BOULANGER, J: *Tratado de Derecho Civil* (traducción del francés por Delia García) Tomos IV y V, *Las obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1964, p.

⁶⁵ MALAURIE y AYNÈS, 1993, p. 547.

⁶⁶ CHÉNEDE, 2016, p. 91.

Cuestión distinta es el trato dado no al hecho ligado al alea, como es el tiempo de vida del beneficiario de la renta en el caso de la venta inmobiliaria a manera de renta vitalicia, sino el de la proporción entre las ganancias del inmueble y el rédito de la renta. Así, en la jurisprudencia francesa ha prevalecido el criterio que *cuando los réditos de la renta son inferiores a las ganancias del inmueble, ellos pronuncian la rescisión por lesión o la nulidad por ausencia de precio*⁶⁷.

Cuando se analizan los contratos especiales, al desarrollar las explicaciones sobre el objeto del contrato, especialmente en el caso de la venta, el precio forma parte de este elemento, pero resulta que en virtud de la *causa abstracta* o teoría clásica de la causa, también se le ha considerado como causa por ser la contrapartida de la obligación de transferencia de la propiedad. Esto pone en relieve el que una propuesta como la analizada se presta a confundir el objeto con la causa, como tanto han denunciado los anti-causalitas, siendo fuente de funciones *artificialmente* asignadas a tal elemento, como en el informe a la Presidencia de la República de Francia es señalado, que siguen siendo un riesgo para la seguridad y estabilidad de los contratos.

Si bien es cierto que las discusiones con ocasión de la ubicación de lo aleatorio en los contratos de este tipo permite entender, aunque no necesariamente aceptar, que exista un debate sobre si estamos ante un tema comprendido en el objeto del contrato o en la causa, también lo es que en algunos de los supuestos señalados es difícil eludir que estaríamos en presencia del objeto.

Me refiero a los casos en los cuales se declaró la nulidad de la *compra de un vehículo que no es comercializable en Francia*, o la nulidad de una *cesión de una autorización administrativa de carácter personal*. Es cuestionable omitir o ignorar que en ambos asuntos se trata de la imposibilidad jurídica del objeto, es decir, de la indisponibilidad por ley de que lo que se pretendió ceder fuese susceptible de tráfico jurídico.

Sobre los casos que en la doctrina que comenta la reforma de 2016 podrían caer bajo el campo de aplicación del artículo 1169, bajo la pretendida aplicación de la *ausencia de causa*, llama la atención el que se refiere a la *remuneración a intermediario por negociar y redactar*

⁶⁷ MALAURIE y AYNÈS, 1993, p. 162 y 153 más la nota 39.

documentos de cesión de arrendamiento no consentidos por arrendador. En este caso existen opciones distintas a la relación del supuesto de hecho planteado con la *ausencia de causa*.

El asunto está enlazado con otras figuras, como por ejemplo la falta de la representación que se hace valer y su inoponibilidad al representado⁶⁸, que compromete directamente la responsabilidad de quien invocó un carácter que no ostenta. Sin embargo, la jurisprudencia francesa lo había resuelto aplicando una de las tantas funciones atribuidas a la causa creada por ella y avalada por parte de la doctrina⁶⁹. Es precisamente este uso exagerado de atribuciones a la causa la razón por la cual se debe concluir como acertada su calificación como una noción proteiforme⁷⁰.

No puedo dejar pasar por alto el hecho que algunos de los autores que afirman cuanto ha sido expuesto sobre la *ausencia de causa*, pretendiendo que ahora tendría aplicación con base en el artículo 1169 de la ordenanza, expresamente señalan que la ausencia total de contrapartida *se confunde generalmente, pero no siempre, con la ausencia de objeto*⁷¹. Esa afirmación es realizada con ocasión del comentario sobre una convención basada en la inclusión de un bien propio para compartir con unos herederos en la masa. Igualmente, señalan los mismos autores que *la ausencia parcial de contrapartida no comporta la nulidad del contrato, porque ella se confunde con la lesión*, y citan el caso de venta de una joya Cartier por 100.000 francos cuando su precio real era de 460.419⁷².

⁶⁸ Este caso específico está resuelto en el artículo 1156 de la ordenanza que establece: “**El acto cumplido por un representante sin poder o más allá de sus poderes es inoponible al representado.** Salvo si el tercero contratante ha legitimamente creído en la realidad de los poderes del representante, particularmente en razón del comportamiento o de las declaraciones del representado. / **Cuando se ignoraba que el acto era cumplido por un representante sin poder o más allá de sus poderes, el tercero contratante puede invocar la nulidad.** / La inoponibilidad como la nulidad del acto ya no podrán ser invocadas una vez que el representado lo ha ratificado. (Negrillas mías)

⁶⁹ Para los demás casos que se pretende se podrían resolver mediante la función *ausencia de causa* que parte de la moderna doctrina francesa afirma cae en el dominio del artículo 1169 de la ordenanza, v. MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017, p. 348, nota 42.

⁷⁰ DABIN, 1955, XIII.

⁷¹ Cfr. MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017, pp. 348-350.

⁷² *Ibidem*.

La doctrina y la jurisprudencia francesa no son unánimes sobre el tema, los tribunales han ejercido un control sobre los contratos con fundamentos que como he expuesto hacen peligrar su estabilidad. Todo esto me hace ratificar que cuanto ha sido expuesto en el informe a la Presidencia de la República de Francia justifica sobradamente la eliminación efectiva de la causa y el firme propósito de que lo desarrollado bajo tal noción se reconduzca bajo el contenido del contrato como elemento de existencia de este, o por las instituciones a que realmente corresponden.

La aplicación de la *ausencia de causa* como una amenaza a la estabilidad de los contratos se repotenció cuando tal noción se confundió con la de *ausencia de interés*, declarándose la nulidad de un contrato con base en esta última concepción. Esta situación se hizo evidente cuando se produjo la decisión en el asunto conocido como *Point Vidéo*.

En el caso *Point Vidéo*, por sentencia de la primera cámara de Casación civil del 3 de julio de 1996, se anuló **«por defecto de contrapartida real» el arrendamiento de vídeo casetes destinados a una explotación comercial, mientras que había resultado imposible en la ausencia de clientela en un pequeño pueblo rural**⁷³.

El fundamento de la citada sentencia lo constituye la pretendida *ausencia de interés que uno de los contratantes había encontrado en la ejecución del contrato, a condición que este interés habría provenido de la economía del contrato*. Con respecto a esta decisión en particular, y en atención a que la *ausencia de causa había sido definida por algunos de manera más extendida, por referencia a la «economía el contrato»*, se formulaban acertadas críticas, señalando que *toda esta jurisprudencia reposa sobre una comprensión inexacta de la causa, que no debería haber sido ni «una contrapartida real», ni sometida al alea de la ejecución. La Corte de casación había pasado de la existencia de la causa al examen de la oportunidad de la obligación ampliando en exceso al control judicial*⁷⁴.

También se objeta a la decisión *Point Vidéo*, que *esta extensión de la noción de contrapartida a la de interés del contrato arruina la*

⁷³ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017, p. 350, nota 48.

⁷⁴ *Ibidem*.

*seguridad jurídica: el juez puede hacer naufragar los contratos que ya no le complazca a una de las partes mediante una excesiva extensión de la noción de ausencia de causa para examinar la economía del contrato*⁷⁵.

En el mismo sentido, ha sido puesto de relieve que en Francia se había pasado de un *control abstracto de la causa*, circunscrito a verificar la existencia o no de la contrapartida, a un control *más estricto –pero también más riesgoso para la seguridad de las transacciones– consistente en sondear la utilidad concreta del contrato para una de las partes*, lo que es una subjetivación de la teoría⁷⁶.

Ahora bien, las consideraciones anteriores imponen proporcionar una exacta descripción de la situación con base en la reforma. Así, mientras para algunos autores, con ocasión de la reforma se consagra la imposibilidad de decidir de la forma descrita, a través de la ausencia de interés con base en el actual 1169, porque esta norma se basa en que la contrapartida irrisoria o ilusoria implica una apreciación objetiva y no subjetiva⁷⁷, para otros se plantea la pregunta si la decisión dictada con ocasión del asunto *Point vidéo*, que había sido abandonada por la casación⁷⁸, *no resurgirá con ocasión de la reforma*⁷⁹.

Finalmente, otros autores son de la opinión *que la queja sobre la maleabilidad hecha a la noción de causa es en gran medida transferible a las nociones que las sustituyen* (ilusoria e irrisoria). Esos autores proponen que aun cuando se debería excluir un control más concreto, al

⁷⁵ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017, p. 350.

⁷⁶ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 287.

⁷⁷ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017, p. 350.

⁷⁸ Sobre el abandono de la doctrina *Point Vidéo* v. CHÉNEDÉ, 2016, p. 89, quien señala que en Francia se acordó, en sentencia de la cámara comercial de la Corte de casación de fecha 9 de junio de 2009: *que la causa de la obligación de una de las partes en un contrato sinalagmático reside en la obligación contratada por la otra*. Chénéde propone que *para obtener la nulidad de la convención, el contratante que malinterpreta el posible éxito de su negocio tendrá siempre que aportar la prueba, no de un simple error sobre el valor de la prestación o sobre la rentabilidad del negocio (C. civ., art. 1136 nuevo), sino de un dolo o de una violencia, particularmente en su versión nueva: la explotación abusiva de un estado de dependencia*, CHÉNEDÉ, 2016, loc. cit.

⁷⁹ CHÉNEDÉ, 2016, p. 84 y 89, para quien la respuesta debe ser negativa porque *la letra del artículo 1169 está por otra parte desprovista de ambigüedad, es la «contrapartida convenida», y no la «rentabilidad esperada» que no debe ser irrisoria o ilusoria*.

mismo tiempo se debe tener en cuenta si el interés de las partes ingresó o no en el campo contractual⁸⁰. En otras palabras, apoyan el control de forma menos estricta, aunque sobre la misma base del examen de un aspecto subjetivo como lo es el interés del contrato.

Especial y breve mención merece el tema de la *ausencia de causa* en materia de contratos a título gratuito, con ocasión de los cuales se afirma que se recurrió a los vicios del consentimiento admitiendo la nulidad de los contratos a título gratuito en caso de error sobre los motivos en el artículo 1135, segundo aparte, de la ordenanza⁸¹. El haber tomado tal opción, pone en evidencia, en mi opinión, que desde 1804 se pudo haber recurrido a esa propuesta en lugar de a la de *causa del contrato*, porque se trata de un tema propio del consentimiento, como había sido denunciado por los anti-causalistas desde el siglo XIX.

III.2.4. Equilibrio entre prestaciones

La cuarta y última disposición con ocasión de la reforma del Código civil francés que se afirma mantiene vigente de forma material la causa como elemento de existencia del contrato, está contenida en el artículo 1170 de la ordenanza al disponer que:

“Toda cláusula que priva de su sustancia la obligación esencial del deudor se reputará no escrita”.

La doctrina francesa considera que esa norma apunta a la *protección contra las cláusulas abusivas*, su consagración representa la incorporación de este régimen en el Código civil francés⁸². Para entender mejor el tema y el debate al que da lugar, es necesario exponer brevemente los antecedentes a esta disposición.

La doctrina francesa recuerda que en la década de 1990 se recurrió a la *causa para reputar no escritas las cláusulas abusivas fuera del dominio de aplicación de la legislación del consumo*, que era el ámbito en el cual habían sido principalmente reguladas, esto sucedió a pesar que

⁸⁰ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 284.

⁸¹ CHÉNEDÉ, 2016, p. 90.

⁸² CHÉNEDÉ, 2016, p. 97; y, DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 292.

no había *ausencia de causa*, el problema no radicaba en la *causa abstracta*, es decir, no había duda sobre la existencia de la contrapartida⁸³.

Según lo expuesto el problema a resolver se concreta en la consecución o concreción material de lo pactado en la extensión o alcance que las partes le han dado al celebrar el contrato, frente a una estipulación dirigida a frustrar la prestación así delimitada. De esta forma luce sin pertinencia el empleo que se hizo del antiguo artículo 1131 del Código Napoleón.

Aquí se impone me detenga para impedir se omita, o no se le dé la debida importancia, el hecho que el artículo 1170 está circunscrito a cláusulas abusivas, lo que *ad initio* permite destacar una deformación. La causa era un elemento de existencia del contrato, sus vicios deberían afectar íntegramente a aquello de lo que depende su existencia, en otras palabras, al negocio jurídico, no a una de sus estipulaciones valoradas por el juez como dirigidas a mermar el alcance de prestaciones, menos aún de aquellas cláusulas limitativas de la responsabilidad⁸⁴.

Claro está que alguien podría señalar que como en el Código civil francés de 1804 se emplea el término *causa de la obligación*, la observación aquí realizada carece de sentido. Habría que recordar a quien asalte una idea como la señalada, que aunque la expresión utilizada es la de *causa de la obligación* esta no es otra cosa que un requisito de existencia del contrato, por así expresamente haber sido estatuido en el artículo 1108 del Código Napoleón. Por lo tanto, la ausencia de causa o los vicios de tal elemento deberían privar de validez al negocio, no a una estipulación o cláusula que más que la obligación en sí misma está concebida para limitar sus efectos o las consecuencias de su incumplimiento.

⁸³ CHÉNEDÉ, 2016, p. 98. DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 292, destacan que incluso autores causalistas no están de acuerdo con la disposición comentada y califican a la ordenanza como *más monárquica que el rey, más causalista que los textos anteriores*.

⁸⁴ Sobre que el antecedente jurisprudencial al artículo 1170 de la ordenanza es el producto del hecho que negándose a aplicar las normas correspondientes del derecho del consumo a los profesionales se optó por utilizar el *fundamento deforme del derecho común, concretamente de la causa, mientras que la existencia de una contrapartida no era dudosa*, que en definitiva se trata de un régimen de protección contra cláusulas abusiva cfr. CHÉNEDÉ, 2016. pp. 97-99.

Entonces un primer punto a destacar, el artículo 1170 no trata el mismo supuesto de hecho que el artículo 1169 de la ordenanza. El primero se limita a reputar no escrita una cláusula, el segundo sanciona la nulidad del contrato. Tratan temas radicalmente opuestos, vigencia sin obstáculo para dar lugar a la íntegra concreción de lo realmente pactado (art. 1170) contra extinción de todo lo pactado porque la contrapartida es ilusoria o irrisoria desde que se celebró el contrato (art. 1169)⁸⁵.

Ahora bien, el precedente del artículo 1170 de la ordenanza se ubica en la década de los 90, cuando produjo la sentencia en el asunto *Chronopost* resuelto por decisión de la casación comercial francesa del 22 de octubre de 1996. El supuesto tratado en esa resolución consiste en que *una sociedad administrada por la oficina de correos se había comprometido, mediante un costo adicional a sufragar por el usuario del servicio, a la veloz entrega de los sobres, documentos o pliegos que le habían sido confiados, contrato que a la vez contenía una disposición limitativa de la responsabilidad en caso de incumplimiento de esa obligación*. Fue juzgado que debía ser reputada no escrita la limitación de la responsabilidad porque contradecía o dejaba sin sustancia esa «obligación esencial»⁸⁶.

Se afirma que el caso *Chronopost* tuvo por antecedente la sentencia de la casación comercial dictada el 06 de junio de 1993, que con base en la noción de causa anuló una especie de las denominadas cláusulas «fecha de valor», bajo el argumento que ellas acordaban una ventaja injustificada al establecimiento bancario o financiero⁸⁷.

También se señala como un antecedente en la materia la sentencia del 19 de diciembre de 1990 que anulaba las denominadas cláusulas «hacha» o «reclamo de víctima». Estas cláusulas excluyen la garantía del asegurador por los siniestros, cuando estos ciertamente se habían producido pendiente el período de validez del contrato, pero eran declaradas con posterioridad a la expiración de la vigencia del negocio jurídico que le brindaba cobertura⁸⁸.

⁸⁵ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 295.

⁸⁶ Cfr. MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, 2017, pp. 349-350; CHÉNEDÉ, 2016, p. 96; y DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 292.

⁸⁷ CHÉNEDÉ, 2016, p. 98.

⁸⁸ *Ibidem*.

La sentencia pronunciada con ocasión del caso *Chronopost* dio lugar a la extensión excesiva de la resolución adoptada, *estigmatizando todas las cláusulas limitativas dirigidas a una obligación esencial*, tendencia que fue revertida *recordando que la cláusula no debe ser descartada sino cuando ella «vacía de toda sustancia» la obligación principal u, otra fórmula juzgada equivalente, cuando ella «contradice el alcance» de esta obligación*⁸⁹, no cuando se limita el resarcimiento por su incumplimiento.

La tendencia perniciosa a que dio lugar la decisión *Chronopost* se revirtió mediante sentencia dictada por la casación comercial francesa del 29 de junio de 2010, en el caso *Faurecia II*, declarando que *solo será reputada no escrita la cláusula limitativa de reparación que contradiga el alcance de la obligación esencial suscrita por el deudor*, no por el hecho de que el monto del resarcimiento fuera bajo, más si esa indemnización había sido *duramente negociada mediante importantes compensaciones*⁹⁰.

El criterio por el cual se corrigió los excesos a que dio lugar la sentencia *Chronopost* fue ratificado por sentencia de la casación comercial francesa del 3 de diciembre de 2013, en la que fue declarado que *los jueces del fondo no podrían descartar una cláusula que limita el monto de la indemnización al costo del transporte sin buscar de qué manera esta cláusula contradice la obligación para el transportista de respetar un plazo estricto*⁹¹.

Entonces, de lo que se trata con ocasión del artículo 1170 es de aquellos supuestos en los cuales una cláusula contradice de tal forma la obligación esencial del deudor que la hace quedar sin sustancia, y no, como se está planteado y discutido con ocasión de la disposición contenida en el artículo 1169, del supuesto en el cual la economía del contrato se ve afectada o frustrada en atención a situaciones que atienden a las expectativas económicas que de un contrato podía haber asumido una de ellas como base para comprometerse, como fue el caso *Point Vidéo* ya analizado⁹². La diferencia entre los supuestos de hecho de una y otra disposición es notable.

⁸⁹ CHÉNEDÉ, 2016, p. 98; y DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 292

⁹⁰ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 292.

⁹¹ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 292, nota 479.

⁹² V. *supra* § 43.

De hecho, en la doctrina francesa se afirma que *para determinar el rol o el dominio de la aplicación del artículo 1170, no podemos ignorar en efecto las luces que dan los artículos 1168, 1169 y 1171*. Esto porque los artículos 1168 y 1171, *vienen a fijar los límites infranqueables previstos al artículo 1170: si en general (art. 1169) e incluso en los contratos de adhesión que toleran el intervencionismo judicial (art. 1171), nunca podrá ser cuestión de volver sobre el equilibrio económico de las prestaciones tal como se definen en el contrato, es evidente que el artículo 1170, menos aún puede tener tal función*⁹³.

Entonces el artículo 1170 está dirigido a *recomponer el contenido de prestaciones debidas por extracción de cláusulas*, por eliminación de estas al reputarlas no escritas, concretamente de las *que solamente se oponen frontalmente a que el contrato despliegue su utilidad fundamental: aquellas que las vacían de su contenido*, más concretamente se afirma que se trata de eliminar las estipulaciones que tienen *por efecto contradecir el compromiso que hace que el corazón del contrato sea descartado*⁹⁴.

Definidos los distintos campos de aplicación que corresponden a los artículos 1169 y 1170, que como se podrá advertir da lugar a incertidumbre, paso a exponer las críticas formuladas a la disposición contenida en el último de los artículos citados, especialmente el riesgo que para la estabilidad de los contratos representa.

Un primer punto debe ser traído en relación sobre la base del criterio en que originalmente se ha basado el artículo 1170 de la ordenanza.

Como lo ha señalado parte de la doctrina francesa, no se entiende como *una cláusula limitativa de reparación –e incluso una cláusula totalmente exonerativa- contradiga la fuerza obligatoria del contrato*. Lo anterior cobra más fuerza cuando en caso de inejecución del contrato las otras soluciones previstas en el ordenamiento jurídico francés, y en general en los derechos de raigambre continental, como lo son *la resolución, la ejecución forzosa y ahora la disminución permanecerán a la disposición* de la parte que ha permanecido fiel al contrato⁹⁵.

⁹³ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 294 y 297.

⁹⁴ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 295.

⁹⁵ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 297.

Por otra parte, si el incumplimiento se debe a culpa grave o fue doloso, se añadirán a las otras soluciones el que la inejecución sobre tales supuestos *tienen siempre por consecuencia privar de efecto la cláusula exonerativa o limitativa*⁹⁶.

Cuanto ha sido expuesto aquí permite señalar que el artículo 1170 de la ordenanza confunde las obligaciones que tienen por fuente el contrato, con el régimen convencionalmente previsto en caso de su incumplimiento. Además, la consagración de la norma omite el régimen que permite contralar tan situación sin necesidad de dicha disposición. También resulta cuestionable, *prima facie*, que se trate de un asunto relativo a lo que era la causa como elemento de existencia del contrato.

Un segundo aspecto criticado a la norma es el relativo a la expresión utilizada en ella: *Toda cláusula que prive de su sustancia la obligación esencial*. Esto implica un *texto muy general y sin exclusiones*, que carece de *contenido técnico* y no proporciona la *menor definición legal*⁹⁷.

La expresión *toda cláusula* impone, como ha sido señalado en Francia, *que las cláusulas de todo naturaleza están a priori comprendidas: cláusulas definiendo un poder contractual, cláusula de responsabilidad, cláusula relativa a la fuerza mayor, cláusula de prescripción, cláusula enmarcando la acción en justicia, etc.*⁹⁸, esto como explicaré más adelante⁹⁹ permitirá al órgano jurisdiccional alterar sustancialmente lo que las partes han pactado libre y conscientemente. Esto implica dar un poder de revisión sobre la conveniencia y oportunidad de lo estipulado, más que sobre su legalidad, lo que rebasa la función jurisdiccional y permite que a la voluntad de quienes han dado origen al contrato se sustituya un tercero.

Un tercero elemento, también relacionado con las deficiencias jurídicas calificadas de difícil determinación con ocasión de la transcrita expresión contenida en el artículo 1170 de la ordenanza, han conducido a que parte de la doctrina francesa llame a la reflexión sobre lo que va a representar identificar qué es una *obligación esencial*,

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 293.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ V. *infra* §§ 55-57.

más concretamente diferenciarla nítidamente de las obligaciones accesorias, así como delimitar el alcance de la palabra «sustancia». En definitiva, justificadamente se teme que *las calificaciones jurisprudenciales serán impredecibles y variables*¹⁰⁰.

La información que ha dado lugar a la advertencia de la doctrina francesa sobre la amplitud del artículo 1170, la incertidumbre que ello representa, basada en las contradicciones que en el pasado ha incurrido la jurisprudencia de dicho país sobre el tema de la calificación de qué es una obligación esencial en las resoluciones de diferentes casos, incluso dictadas con ocasión de un mismo tipo contractual, justifican concluir como ya he señalado que la norma dará lugar a calificaciones *impredecibles y variables*. Sobre este es necesario señalar los casos donde el temor denunciado se ha verificado.

La primera cámara civil de la Corte de casación de Francia, en sentencia del 24 de septiembre de 2002, juzgó *que las interrupciones de suministro* de un empresa proveedora con ocasión de un contrato de suministro de alimentos que *una corte de apelación había caracterizado, teniendo en cuenta la obligación esencial que pesaba sobre el proveedor y respecto de la gravedad de los daños para su cliente, implicaba la existencia de una falta grave* en el contrato de suministro de lo que era una *obligación de resultado*. Sin embargo, la cámara comercial en su sentencia del 18 de diciembre de 2007, también sobre un contrato de suministro de alimentos, en el que por cierto el proveedor era la misma persona que en la sentencia del 2002, resolvió *que la obligación de continuidad en el suministro de alimentos no es para el proveedor una obligación esencial (o una fracción de su obligación esencial)*¹⁰¹. La contradicción que existe es manifiesta, resulta un tanto difícil justificar que la continuidad en los contratos de suministro no sea algo importante, por no decir esencial.

La doctrina francesa contrasta que en la citada sentencia del 18 de diciembre de 2007 se negara el carácter de obligación esencial a la continuidad en el contrato de suministro de alimentos, mientras que en una decisión previa, del 08 de noviembre de 2007 de la primera cámara

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Sobre ambas decisiones cfr. DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, pp. 293-294, nota 482.

civil de la Corte de casación, había sido resuelto que *el carácter continuo de una conexión de internet era parte integrante de la «obligación esencial, justamente calificada de resultado», del proveedor de acceso*, es decir, una decisión que ratificaba la dictada el 24 de septiembre de 2002¹⁰² en materia de suministro de alimentos.

La doctrina francesa señala que la situación descrita no es nueva. Así, mientras en una decisión del año 1863 de la Corte de casación, calificada de fundamental en relación al contrato de arrendamiento se declara que *es de la esencia del contrato de arrendamiento que el arrendador se obliga a (...) mantener (la cosa arrendada) por toda la duración del arrendamiento*. Sin embargo, en otra sentencia del 28 de mayo de 1948 la casación civil francesa resolvió que *la obligación para el arrendador de entregar la cosa (...) y de hacer disfrutarla pacíficamente para el tomador pendiente la vigencia del arrendamiento no era de la esencia del contrato de arrendamiento*, para finalmente, en una resolución del año 1955 de la Corte de casación se decidiera lo contrario, retomando el criterio original de 1863¹⁰³.

Se afirma en Francia que la situación es igual a nivel de doctrina, donde lo que para unos autores es una obligación esencial para otros no lo es¹⁰⁴.

No solo existe incertidumbre sobre la determinación de lo que debe entenderse por obligación esencial, la confusión también reina en lo que respecta a la delimitación del alcance de qué debe entenderse por privar de su *sustancia* a la obligación principal para poder aplicar el artículo 1170 de la ordenanza.

Sobre este particular se afirma que los franceses van a encontrarse con las *angustias de la «subjetivación» de la causa, la respuesta podría variar según la idea que uno tenga de la utilidad suficiente o no que presente el acuerdo para una de las partes*¹⁰⁵.

Para delimitar con mayor certeza el dominio del artículo 1170 se propone entender que no es aplicable al caso en el cual exista *un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes*,

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ *Ibidem.*

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ Cfr. DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 295.

supuesto que solo podría dar lugar a la aplicación, en el caso concreto de contratos de adhesión, del artículo 1171 de la ordenanza. Esta última norma no aplicará, aunque exista tal desequilibrio, a los contratos paritarios, salvo el caso que se entienda que está presente una *negación de la causa* conforme el artículo 1169 de la ordenanza¹⁰⁶.

Los problemas que representan la combinación entre lo que significa toda cláusula más la delimitación de qué es la *obligación esencial* en cada contrato, con la de qué debe entenderse por privarla de su *sustancia*, presenta un terreno proclive para que los jueces priven a las partes *de dar forma a una figura contractual fundamentalmente original, incluso si está objetivamente desequilibrada*¹⁰⁷, lo que puede perfectamente responder a un interés legítimo y digno de tutela jurídica entre las partes.

La combinación descrita podría dar lugar, según la doctrina francesa, a que los jueces empleen el artículo 1170 como un *instrumento de reescritura del acuerdo a fin de conformar una suerte de modelo ideal definido para el juez o incluso diseñado para los usos, una suerte de tipo ideal judicial, que sin vaciar del todo al contrato de su fuerza obligatoria, tendría por efecto eliminarle su utilidad normal, su propósito habitual*, todo lo cual dará lugar, como señalan autores de dicho país, a un criterio de *que se convierte en un lecho de Procasto*¹⁰⁸.

Por lo expuesto se suscita *cierta reserva* en lo que respecta a la aplicación del artículo 1170 de la ordenanza. Se insiste en excluir de su campo de aplicación los casos en que desde la formación del contrato *la contrapartida convenida en beneficio de la persona comprometida es ilusoria o irrisoria* (art. 1169 de la ordenanza) y *el desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato* en el caso de los contratos de adhesión (art. 1171 *eiusdem*)¹⁰⁹. También se le niega aplicación al artículo 1170 de la ordenanza cuando existiendo un desequilibrio significativo entre derechos y obligaciones este ocurre en un contrato paritario, como ya expuse¹¹⁰.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ DESHAYES, GENICON y LAITHIER, 2016, p. 296.

¹⁰⁹ *ibidem*.

¹¹⁰ V. *supra* § 54.

Si se analiza cuanto ha sido expuesto, el artículo 1170 de la ordenanza no es fácil de interpretar y se presta a fungir como una habilitación a los jueces para el control de la integridad de la sustancia de la obligación esencial, con lo que la lesión puede servir para la extracción o eliminación de cláusulas contractuales, que como bien ha señalado parte de la doctrina francesa hará peligrar la estabilidad de las relaciones contractuales.

La situación descrita, donde son más las dudas que genera el artículo 1170 que la certeza que ofrece, y que apunta más a habilitar al control con base en la rescisión por lesión que no está consagrada a nivel general, no va a generar la atracción deseada hacia el derecho francés.

Finalmente, el artículo 1170 de la ordenanza podría estar invadiendo el terreno de las otras soluciones que existen en relación a los distintos problemas que en materia contractual se presentan, tales como la resolución, la ejecución forzosa, la nulidad, la eliminación de las limitaciones convencionales a la responsabilidad por incumplimiento cuando este es producto de un supuesto de culpa grave o dolo.

El artículo 1170 de la ordenanza, al margen de los terrenos que se puede afirmar está invadiendo, ofrece una peligrosa potestad a los órganos jurisdiccionales de intervenir, y modificar según su criterio, lo que ha sido creado con base en la autonomía de la voluntad, lo que es más delicado.

Analizadas las disposiciones de la ordenanza de 2016-131 que se afirma materialmente mantienen algunas funciones atribuidas a la causa como elemento de existencia del contrato en los siglos XIX, XX y XXI, paso a formular conclusiones.

IV. CONCLUSIONES

En el informe a la Presidencia de la República de Francia son más los argumentos que se encuentran a favor de la eliminación formal y material de la causa que los que permitan afirmar solo se limita a un asunto formal.

Lo que se pretende son funciones propias de la causa habían sido calificadas por los anti-causalistas desde el siglo XIX como propias del consentimiento o del objeto del contrato.

Las funciones que en el pasado se atribuían a la causa han sido ahora expresamente recogidas en las normas que regulan al consentimiento, así como en las del contenido del contrato, lo que es conforme con las propuestas anti-causalistas.

Si a las mismas soluciones se arriba, independientemente de atribuir los medios utilizados a un elemento que se señala se desea eliminar (causa) a otros que están recibiendo una nueva formulación (consentimiento, objeto como contenido del contrato), una discusión sobre la supervivencia de la causa podría ser calificada de superficial.

En la Ley 2018-287 sancionada por el Parlamento francés el 20 de abril de 2018 no fue modificada ninguna de las disposiciones sobre el contenido del contrato como su objeto. Prevalece entonces la intención plasmada por los autores de la ordenanza, no las declaraciones de los expositores frente al senado.

La eliminación de la causa resulta conforme con lo que a nivel de los distintos proyectos de integración del derecho europeo de las obligaciones se está promoviendo. En el informe se manifiesta claramente el deseo de que tal conformidad o armonía prevalezca en el derecho francés para hacerlo más atractivo y para que los franceses aborden los derechos extranjeros.

El artículo 1162 de la ordenanza, que contempla lo relacionado con el orden público y las buenas costumbres, es una repetición innecesaria del artículo 6° del Código civil francés. El artículo 1162 está más relacionado con el requisito del objeto del contrato que consiste en la posibilidad material y/o jurídica que con la noción de causa.

El artículo 1168 de la ordenanza proporciona información para argumentar a favor de la subsistencia material de la causa. En esa norma se elimina la falta de equivalencia entre prestaciones correspondientes como fundamento de nulidad, se estatuye, por el contrario, que la rescisión por lesión solo procede de forma excepcional, por regla expresa y concreta que así lo disponga.

El artículo 1169 de la ordenanza en realidad resuelve problemas propios de la imposibilidad material y/o jurídica del objeto y no de *ausencia de causa o falsa causa*. La reconducción que en la ordenanza se hace a vicios del consentimiento en materia de error sobre los motivos en los actos jurídicos gratuitos y al contenido del contrato como objeto

de este en los casos de imposibilidad jurídica o material, no impide arribar a las mismas soluciones. Es entonces inoficiosa toda discusión sobre si la causa prevalece o no con ocasión de la reforma.

Con ocasión del artículo 1169 de la ordenanza la doctrina francesa se replantea si resurge o no el criterio de la ausencia de interés. Tal posibilidad genera incertidumbre sobre la estabilidad y seguridad de los contratos, lo que contradice la intención manifestada en el informe a la Presidencia de la República de Francia.

El artículo 1170 de la ordenanza es norma que podría ser utilizada para resolver supuestos que gozan de un régimen propio y perfectamente diferenciable, como la resolución del contrato, el cumplimiento y la ejecución forzosa, la nulidad, así como la eliminación de las limitaciones convencionales a la responsabilidad por incumplimiento cuando este es producto de un supuesto de culpa grave o dolo.

Con ocasión del artículo 1170 los jueces franceses podrían atribuirse facultades para revisar los contratos y adecuarlos, mediante la extinción de cláusulas, en franca contravención a la intención común de las partes.

Todo cuanto viene de ser expuesto constituye un obstáculo a la estimulación que se pretende para hacer atractivo al derecho francés. Las funciones que de la causa se pretenden subsisten, independientemente de si permiten afirmar materialmente su presencia o en efecto han sido absorbidas por las regulaciones de otros elementos del contrato, admiten tal variedad de interpretaciones que hacen impredecibles las posibles decisiones a adoptar por la jurisprudencia en desmedro de lo realmente pactado. Esto ratifica que la reforma puede generar, y posiblemente eso es lo que ocurrirá, un efecto contrario al deseado.

**REINSTITUCIONALIZACIÓN
DEL PODER JUDICIAL VENEZOLANO
ACCESO A LA JUSTICIA.
12 DE JUNIO DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

En el discurso de toma de posesión de la actual Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, manifestamos que seguiría siendo objetivo principal de esta Academia la recuperación del Poder Judicial, en lo cual se pondría toda la energía para lograr su adcentamiento, reestructuración y adecuación a los valores de una sana administración de justicia. En este sentido, anticipábamos una alianza con la Asociación Civil Acceso a la Justicia para continuar esa tarea iniciada en años anteriores, mediante la realización de foros y estudios para la búsqueda de la reinstitucionalización de la rama judicial del Poder Público en Venezuela, con hincapié en el rol de los jueces en la sociedad actual, la independencia y autonomía del Poder Judicial, la carrera y el régimen disciplinario de la judicatura, la formación y capacitación de su personal y otros temas de importancia.

Ya esta Academia tiene un trecho importante recorrido en este período en el enfrentamiento contra la instrumentación partidista del Tribunal Supremo de Justicia y en especial de su Sala Constitucional, que ha sido prácticamente secuestrada por el Poder Ejecutivo Nacional y ahora por la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente, configurando una de las mayores tragedias de los tiempos que vivimos para las instituciones del país. Numerosos han sido los pronunciamientos emitidos frente a las actuaciones de esa Sala, así como también frente al intento de ideologizar a la justicia a través de la llamada “Gran Misión de Justicia Socialista”, encaminada a la violación de todos los principios constitucionales que rigen al Poder Judicial y a la estructura del Sistema de Justicia, asentados precisamente en la imparcialidad de los jueces y contrarios a toda parcialización política. Dijimos al inicio del año pasado que bajo la apariencia de creación de un servicio de asistencia jurídica gratuita e integral para las colectividades agrupadas en el llamado Poder Popular Comunal, se busca someter a la administración de justicia en su totalidad a los dictados del “Plan de la Patria”, con el propósito

de provocar una revolución socialista dentro de esa actividad, tendente además a la creación de un “poder constituyente popular” que desplace paulatinamente a los órganos del Poder Público de sus actuales funciones constitucionales, dando paso al “Estado Dual” y al desarrollo de un “nuevo derecho” sustentado en principios políticos extraños a la Constitución de 1.999 y al servicio de la política socialista y antiimperialista, lo cual incluye la formación de un nuevo abogado dotado de una ética no mercantilista y anticapitalista, a cuyo desarrollo irían los recursos financieros que hoy en día son negados a las universidades nacionales autónomas.

Se nos preguntará qué objeto tiene la realización de una cruzada para la reinstitucionalización del Poder Judicial en estos aciagos momentos, a lo cual habría que responder –como ya lo hemos dicho con anterioridad- con la afirmación del conocido jurista alemán Rudolph Ihering, en pleno régimen nazi, quien decía que “el Derecho es Lucha”, porque no es algo hecho sino algo que está por hacerse, con el enfrentamiento de cada día (como decía mi profesor Arístides Calvani: “El Derecho no es un factum, es un fieri”). Es el momento ahora de sembrar para que los jóvenes puedan conocer el verdadero derecho y la genuina función de los jueces, garantes del Estado de Derecho.

Se hace oportuno aquí, recordar las “Propuestas a la Nación” formuladas por esta Academia, conjuntamente con las demás academias nacionales, en el año 2011. Bajo el título “La Reconstrucción Institucional del País”, nuestra Academia hacía un diagnóstico de las instituciones políticas y jurídicas y de las principales medidas que debían tomarse para reconstruirlas a la altura de un Estado de Derecho Democrático y Social, como el que postula la Constitución de 1.999. Dichas propuestas conservan plena vigencia.

Denunciaba ese documento la concentración de poderes existente en la práctica, frente al principio de separación de poderes establecido en la Constitución, así como la deplorable ideologización del Tribunal Supremo de Justicia anunciada en los discursos de sus más altas autoridades, con abierto reconocimiento “fundamentalista” de la sumisión del Poder Judicial al Poder Ejecutivo y a la política socialista del gobierno, llegando a reconocer un “Estado Total”, carente de pluralismo en el pensamiento y de separación entre sus ramas.

En particular, enfatizaba la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: “La inexistencia de un Poder Judicial independiente pone en peligro la seguridad de los ciudadanos, atenta contra la preservación de la intangibilidad de los derechos humanos, elimina el control sobre los gobernantes para que actúen dentro de los límites del derecho y rompe la armonía entre los principios y valores constitucionales y las leyes que están destinadas a conservar las acciones populares de inconstitucionalidad que puedan intentar los ciudadanos... la falta de autonomía del Poder Judicial ha contribuido a la utilización de los instrumentos procesales y del Ministerio Público, como mecanismos de persecución o de sanción de sectores políticos, económicos, empresariales y sindicales, que han convertido el proceso en un castigo para quienes de antemano son considerados como culpables de determinados delitos y a la privación de libertad como regla general del enjuiciamiento penal”. En el entendido, a mi juicio, que la persecución política y la corrupción no son incompatibles, sino que suelen aliarse para lograr sus torvos propósitos. Otros aspectos que resaltaba el documento eran el desconocimiento de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos y la no ejecutabilidad de las decisiones de los órganos interamericanos de protección, así como la no limitación material de las llamadas leyes habilitantes, la no estabilidad de los jueces, la limitación de la libertad de expresión por delitos de opinión, la inhabilitación política por actos administrativos, el no reconocimiento de la inmunidad parlamentaria, las designaciones espurias de magistrados y jueces; todo eso con el respaldo de los tribunales y de los jueces colaboracionistas. Finalizaba el documento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con un llamado, precisamente, a la “reinstitutionalización del país, con la intención de llevar a cabo el propósito constitucional de construir una sociedad democrática”, para lo cual era indispensable un Poder Judicial autónomo e independiente, con sentido y capacitación ética y profesional.

Con la venia de esta audiencia, me permito recordar dos hechos de mi experiencia individual en el tema de hoy. Al inicio de la década de los años noventa, como integrante de la directiva del Colegio de Abogados de Caracas y bajo la presidencia del doctor José Melich Orsini, participé en una activa campaña por el rescate del Poder Judicial, que ya en aquella época daba signos de una extendida corrupción de los

jueces y de los servicios públicos jurídicos en general. Fueron muchos los llamados que hicimos para que los abogados denunciaran ante el Consejo de la Judicatura los hechos de corrupción judicial que enfrentaban en su ejercicio profesional, así como también las irregularidades en los registros y notarías por ante el Ministerio de Justicia; y esto fue tan acogido por el gremio y por la ciudadanía que el presidente de dicho Consejo llegó a declarar que el organismo estaba copado de causas nuevas y que sólo contra un juez había 68 denuncias. Sin embargo, el efecto de esta campaña duró poco y no alcanzó a generar un movimiento consistente de depuración y de institucionalización de los tribunales. Muchos colegas permanecieron en su complicidad con la corrupción en los tribunales, registros y notarías, como un hábito instaurado. La corrupción continuó su avance hasta alcanzar los niveles escandalosos a que ha llegado con este régimen político, a lo cual se añade la ideologización e instrumentación partidista de los funcionarios. Años más tarde, en el año 2.000, participé temporalmente en unos jurados de evaluación organizados por la Inspectoría General de Tribunales y por la llamada Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, actividad que se inició con mucho ímpetu ético –tal vez propagandístico- y con la convocatoria de numerosos profesionales de prestigio para efectuar las pruebas, pero paulatinamente dicho organismo derivó hacia la colonización de los tribunales por la nueva hegemonía en el poder político, hasta llegar a lo que es hoy en día la Dirección General de la Magistratura dependiente del Tribunal Supremo de Justicia: La fuente de administración de la injusticia. Lamentablemente, confieso que fueron dos decepciones graves para mí, que me alejaron de la misión de rescate comentada.

En la jornada de hoy, muy prestigiosos especialistas en los problemas del Poder Judicial nos disertarán acerca de los nuevos criterios, informes y planes referentes a ellos, encaminados a mantener la lucha contra la corrupción y la ineficiencia en los tribunales, a fin de lograr la meta de reinstitucionalización de los tribunales de justicia. Hacemos votos por la recuperación de la esperanza en esta misión cívica y patriótica.

Muchas gracias.

Caracas, 12 de junio de 2016.

**ESTÁNDARES INTERNACIONALES
DE UN MODELO
DE GOBIERNO JUDICIAL
DR. ROMÁN JOSÉ DUQUE CORREDOR,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

En mi discurso de incorporación a esta Academia decía que para salvaguardar los valores constitucionales, la función jurisdiccional del Estado resulta esencial, por lo que en la ciencia constitucional se plantea la necesidad de la redefinición de esta función, precisando, entre otros aspectos, la noción de Sistema de Justicia, cuya construcción ciertamente que viene a fortalecer lo judicial dentro del Estado de Derecho, pero que implica también la necesidad de revisar sus instituciones, que vienen a ser en la práctica la verdadera garantía de la tutela judicial efectiva como finalidad del derecho de acceso a la justicia y de esta como valor constitucional. En mi criterio la reforma del Poder Judicial, como rama del poder público del Estado, dada la situación de una absoluta falta de seguridad jurídica resulta determinante para que el modelo de Estado democrático de Derecho tenga vigencia en la realidad. Por esta razón creo necesario precisar lo que esta función estatal implica en el Estado de Derecho. De modo que cuando se habla de reforma del Sistema Judicial, dentro de la reforma del Estado, no puede entenderse como su simple modernización, sino que la reforma debe alcanzar a cada uno de sus elementos estructurales, dentro de ellos sus instituciones. Una de las cuales lo son los del gobierno y dirección de la administración de justicia como servicio público del Estado. Aparte de lo anterior, debe establecerse expresamente en el ámbito constitucional las bases de la participación ciudadana en la administración de justicia, o en su gobierno y dirección, si se conceptúa como un Sistema todo lo que tiene ver con la administración de justicia. Por tanto, en mi criterio, la reforma de la justicia no comprende solo lo procesal o la carrera judicial, sino también su organización, y dentro de ella, su gobierno o dirección. En este tema se discute también si ese gobierno ha de estar dentro del propio Poder Judicial, fuera del, o si debe constituir una

función interinstitucional, con participación Ciudadana, de jerarquía constitucional... Por ejemplo, en el Proyecto de Reinstitutionalización del Sistema de Justicia de Venezuela del Bloque Constitucional, en su propuesta de Reforma Integral, en el componente organizativo atinente a las aéreas de supervisión, dirección y control de la organización de los tribunales y la gestión administrativa de los mecanismos de justicia, y concretamente en las aéreas temáticas, se propone revisar y redefinir la competencia del Tribunal Supremo de Justicia en materia del gobierno y dirección del Poder Judicial y la conveniencia o no de mantener una Dirección Ejecutiva de la Magistratura como órgano auxiliar de este Tribunal para ejercer esta competencia. Para esta revisión se tiene en cuenta la experiencia de otros países y los estándares internacionales que la Relatoría de la Independencia del Poder Judicial de la ONU ha elaborado para Latinoamérica, que se presentaron en un Foro celebrado con ocasión de la VIII Cumbre de Las Américas. El planteamiento es el de que el Poder Judicial no debe ser gobernado por simples Comisiones Ejecutivas que lo controlen administrativamente, sino como una organización y gestión autónomas de las instituciones que integran el Sistema de Justicia para que garanticen la obtención de los recursos suficientes para una acción independiente que se refleje en un mejor servicio al usuario. En la elaboración de esta propuesta de reinstitutionalización del gobierno judicial ha de atenderse también a la distinción entre las funciones jurisdiccionales y las funciones de gobierno y administración, así como su despolitización, la participación ciudadana, de los abogados y de los propios jueces.

Pero, antes de hacer referencia a los estándares internacionales que se han establecido como base para una reforma de las instituciones del gobierno judicial, es necesario abordar brevemente un aspecto conceptual, pero que tiene influencia en la naturaleza del órgano de gobierno del Poder Judicial, como lo es el abandono de la definición de la tarea jurisdiccional como mera “administración de justicia”, no como una mera querrela literaria, como se planteó en el Perú al definir el Plan de Reforma de la Administración de Justicia, de junio del 2004. Sino como una concepción distinta de la función jurisdiccional y de la organización y del rol de la judicatura. Es verdad, como lo advierte el Instituto de Defensa Legal del Perú, a través de los estudios de su Departamento

de Justicia Activa, que con la expresión “administración de justicia” se quiere significar un poder del Estado independiente, capaz de controlar el poder y de asegurar los derechos humanos mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, pero que en cuanto a su dirección o gobierno se le ha conceptualizado como una entidad semejante a una simple administración pública, con todas las consecuencias teóricas y prácticas que de ahí se derivan”. La propuesta que hizo la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia del Perú, fue la de sustituir la vieja fórmula de administrar justicia por la de “impartir justicia”, por sus resonancias a un modelo judicial napoleónico y burocrático, y por ser más cónsona con la consideración del pueblo como titular último de la potestad jurisdiccional, que la delega en los jueces.

La Constitución de 1999 respecto del gobierno del Poder Judicial eliminó el Consejo de la Judicatura y atribuyó al Tribunal Supremo de Justicia competencia en esta materia, según su artículo 267, por considerar que así se fortalecía el Poder Judicial. Para el ejercicio de esta competencia administrativa se creó constitucionalmente la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como un órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, y que por delegación ejerce las funciones de dirección, gobierno, administración, inspección y vigilancia del Poder Judicial. Este órgano interno del Tribunal Supremo de Justicia se rige por la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, dictada por el mismo Tribunal Supremo y publicada en la Gaceta Oficial No. 37.014 de fecha 15 de agosto del 2000, que define a la mencionada Dirección como un órgano del indicado Tribunal y cuyas atribuciones las ejerce a través de un Comité Directivo, como el órgano superior de dirección y coordinación de la referida Dirección, la cual está integrada por tres directores nombrados por la Sala Plena por proposición de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia. Comisión esta que en verdad es la que ejerce la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, ya que establece las políticas que debe seguir la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, elabora los proyectos de presupuestos del Poder Judicial, propone a la Sala los candidatos para designar el Inspector General de Tribunales y el director de la Escuela Judicial. Es decir, que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura carece de autonomía para el ejercicio de sus funciones, a pesar

de la delegación constitucional que se hace en esta Dirección de las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia de dirección, gobierno y la administración del Poder Judicial, por el artículo 267, de la Constitución. Y, además, en su organización no existe participación ciudadana no obstante que de los ciudadanos emana la potestad de administrar justicia, según el artículo 253, de la misma Constitución. Ni tampoco se da participación a los jueces y abogados, a pesar de que estos son componentes del Sistema de Justicia, según el artículo 253, antes citado. Por otra parte, tampoco se le atribuye competencia en materia de la responsabilidad disciplinaria judicial, puesto que esta se otorga a los tribunales disciplinarios, de acuerdo con el mismo artículo 253.

Antes de la Constitución de 1999 la Comisión Legislativa del Congreso de la República había efectuado una revisión de las diferentes leyes relativas al Poder Judicial y a la función jurisdiccional y sancionó algunas leyes que fueron refrendadas por el Ejecutivo y publicadas en Gaceta Oficial, en 1999, pero cuya vigencia efectiva fue suspendida por la intervención que hizo la Asamblea Nacional Constituyente del Poder Judicial. Dentro de este conjunto de leyes se encontraban, por ejemplo, la Ley de Carrera Judicial y la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, que sin que mediara derogación alguna por parte del Congreso, fue sustituida por la Normativa de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Pero, en la realidad la Dirección Ejecutiva de la Magistratura no ha representado fortalecimiento alguno del Poder Judicial y mucho menos de su autonomía, sino que, por el contrario, la concentración de las funciones jurisdiccionales y administrativas del Poder Judicial en el Tribunal Supremo ha conducido a una hegemonía de este en la administración de Justicia, a través de su Comisión Judicial. E igualmente, la jurisdicción disciplinaria a cargo de tribunales especiales no ha sido efectiva, entre otras razones por la provisionalidad de más del 70% de los jueces, a los que la doctrina de la Sala Constitucional les ha negado su estabilidad. Por ello, se ha replanteado de nuevo la propuesta de una Ley Orgánica de un Consejo de la Judicatura constituido en dos Salas, una administrativa y otra disciplinaria, como un órgano concebido con la idea de un gobierno compartido por consejeros del Poder Judicial, del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, y con participación ciudadana y de los abogados y jueces, conforme a los estándares que a nivel

internacional ha planteado la Relatoría del de la Independencia del Poder Judicial de la ONU.

Estos estándares son entre otros los de cuerpos colegiados de gobierno y dirección de naturaleza mixta, con integración de los poderes judicial, legislativo y ejecutivo, y con la participación de jueces, abogados y ciudadanos, para cuya autonomía se recomienda otorgarles jerarquías constitucionales e independencia de los poderes públicos como órganos constitucionales autónomos. Así como exigencias respecto de la condición de juristas, de académicos y de profesores, de los representantes de los poderes públicos en dichos cuerpos; y de la de transparencia de los procesos de su elección, parecidos al de Comité de Postulaciones Judiciales para la designación de Magistrados, de estos representantes. Y de procedimientos de presentación de candidatos por las organizaciones defensoras de derechos humanos en representación de los ciudadanos y de elección de representantes de los abogados por sus organizaciones nacionales. Al igual que la elección de los representantes de los jueces por sus colegios electorales. Por supuesto, que la despolitización y despartidización de estos procesos es uno de los estándares internacionales requeridos para la garantía de órganos de gobierno judicial independientes, por lo que la Relatoría de la ONU sostiene que no debe haber participación de los partidos políticos en los mecanismos de selección de los miembros de los consejos de gobierno del Poder Judicial. Por otra parte, la elección popular de estos miembros no es aconsejable, por la experiencia de algunos países, como en Argentina, donde el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner propuso que los jueces, abogados y académicos que integrarían el Consejo de la Magistratura fueran designados ya no por sus pares, sino por el electorado en comicios generales, a través de los partidos políticos, lo cual fue objeto de críticas por parte de la mencionada Relatoría. En otro orden de ideas, la tesis de la no concentración en el Poder Judicial de las funciones jurisdiccionales y de gobierno y dirección de la administración de justicia tiene internacionalmente mayor vigencia que la de su concentración, aunque se admite que el control de sus decisiones está sujeta a la revisión por los tribunales supremos. Por otra parte, la experiencia de salas disciplinarias en estos consejos de gobierno judicial tiene mayor acogida que la de la creación de una jurisdicción disciplinaria judicial. Al

igual que la de los comités ejecutivos para la función administrativa de dichos consejos de gobierno. Finalmente, la alternancia y la no reelección indefinida de los integrantes de estos órganos de gobierno judicial y su jerarquía constitucional, es otro de los estándares en esta materia.

Puede considerarse, a la luz de lo expuesto, que el Poder Judicial en Venezuela no ha mejorado con la supresión del Consejo de la Judicatura y con la atribución al Tribunal Supremo de Justicia de la dirección y gobierno de la administración de justicia, así como tampoco con la creación de una Dirección Ejecutiva de la Magistratura como un órgano auxiliar de este Tribunal. Así como que la organización del gobierno del Poder Judicial en manos de un órgano interno del Tribunal Supremo de Justicia, no resulta conforme con el concepto de la función jurisdiccional de impartir justicia y con el establecimiento de un Sistema de Justicia, que implica que sus componentes principales, como los jueces, abogados y ciudadanos, tengan participación en su dirección y gobierno. Por ello, el Bloque Constitucional ha planteado la revisión de la actual organización del gobierno judicial, bajo la orientación de los estándares internacionales que la experiencia de otros países han demostrado su eficacia y que los órganos supranacionales, como la ONU, han recomendado. Y, que sin lugar a dudas implica una reforma constitucional cuya conveniencia hay que valorar.

Caracas, 12 de junio de 2018.

**PALABRAS DE CLAUSURA A CARGO
DE LA DRA. CECILIA SOSA GÓMEZ,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

Apreciado Académico Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y demás integrantes de la Directiva de esta Corporación

Compañeros Académicos que nos acompañan,

Laura Louza Fundadora y Directora de la ONG Acceso a la Justicia

Alí Daniel, Director de la organización Acceso a la Justicia

Académico Carlos Ayala, integrante del Bloque Constitucional de Venezuela

Evelyn Barboza Directora Ejecutiva de la Academia y al personal que la apoya

A todos ustedes, que atendieron este llamado a concurrir al Foro, Gracias.

Quiero que hagamos un reconocimiento especial a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a la organización Acceso a la Justicia quien tuvo la iniciativa y al Bloque Constitucional de Venezuela por cuanto con el trabajo constante y serio, avanzamos en lo que será la transición en materia de justicia, de la Venezuela Libre y democrática.

Estas palabras de clausura quiero enfocarlas en el esfuerzo que se viene haciendo desde diferentes organizaciones para identificar y preparar las acciones prioritarias que permitan hacer funcionar la estructura institucional del país.

Una realidad tan dura como la que se vive en Venezuela, donde la ruptura del estado de derecho, la militarización y politización generalizada de la administración, las violaciones a la libertad, la política de aislamiento internacional, y muy particularmente la dictadura judicial, el uso de una espuria ANC para el dominio de los poderes constituidos y de las personas, impedir los poderes de control político de la

Asamblea Nacional, el secuestro en su capacidad de legislar, de desacatar el poder constitucional de improbar los estados de excepción decretados por quien usurpa el cargo de presidente de la República, la persecución política y el uso de la justicia militar para perseguir la disidencia, presos torturados física y psicológicamente, la inmensa cantidad de leyes delegadas o no, que son absolutamente inconstitucionales, el secuestro de la libertad de expresión, la falta de garantías constitucionales en los procesos electorales, rectores del CNE que fueron nombrados por una Sala Constitucional que usurpó las competencias del poder legislativo, magistrados del TSJ que fueron ratificados (léase designados) por la ANC, por nombrar hechos que requieren ser resueltos, anulados o sustituidos bajo el principio de un Estado Constitucional moderno, gobernado por la ley, pero no la ley del principio de legalidad solamente, sino la ley de la Constitución, en concordancia con el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Ante esta realidad desgarradora, es un desafío gigantesco desmontar un engranaje de instrumentos y de funcionarios que los operan, que trabajan todos en dirección contraria a la Constitución y pasar a un nuevo Gobierno en el que los gobernantes estén sometidos al derecho que sus ejecutorias nacen bajo el imperio de la Constitución, de su supremacía y de su vigencia; supremacía y vigencia a la autoridad gubernativa, léase cualquiera de las ramas que integran el Poder Público; por tanto, si no se dispone de un mapa de trabajo lo suficientemente detallado que permita determinar una justicia para la transición y que sobre esos pilares se construya en mediano y largo plazo la reinstitucionalización de todo el aparato de la Nación, poco habremos hecho. Por tanto, resulta vital, reforzar la idea de que este trabajo titánico en realidad tiene con esencia entender que se trata de establecer un sistema de convivencia, que coloque a la persona como centro de la razón de ser de todo el aparato del Estado.

Hablar de la Reinstitucionalización del Sistema de Justicia resulta hablar de una unidad, donde cada fragmento depende de una unidad, que a su vez resulta parcial, puesto que es un fragmento que además está en constante movimiento, es un verdadero proceso de creación que es al mismo tiempo da consolidación a un universo, el universo de lo Justo, y nótese que no digo justicia.

Por eso no se puede hablar cada tema como fragmentos sino piezas de un rompecabezas, en el que habrá que resolver si empezamos por el marco del rompecabezas, o cada quien va a proponer lo que crea a su juicio y conveniencia más importante con lo cual la estructura nunca será un sistema autónomo. Hoy hemos escuchado temas específicos que requieren ser resueltos, y forman parte de un todo. Gracias por sus aportes.

Por esa razón la iniciativa de la Fundación Alberto Adriani, de impulsar a través del Bloque Constitucional, un Proyecto de Reinstucionalización del Sistema de Justicia en Venezuela, trabajo que se desarrolló durante 2017 y que se realizó no desde un escritorio sino desde las regiones, los Colegios de Abogados del país, organizaciones de abogados dedicados a la investigación en el área judicial, participación activa de los abogados y de los ciudadanos usuarios del sistema, tiene un resultado que lo constituye el Documento que les presentamos hoy aquí y del que pueden disponer de un ejemplar de la propuesta o leerlo en la página web de la Fundación Alberto Adriani www.fundacionalbertoadriani.com.ve/bloque.

Este logro de poder identificar las áreas prioritarias, para concretar los cambios en el poder Judicial, en el sistema de justicia, en la carrera judicial, en los procesos penales y en el sistema penitenciario, en la defensa pública, en el atasco judicial, en la justicia militar y en el sistema de protección de los derechos humanos como eje central de la existencia del sistema, requieren a su vez determinar que las propuestas para cada órgano integrante del sistema de justicia se tiene necesariamente que resolver el componente organizativo, el componente humano, el componente material, el componente normativo, el control social, el componente de coordinación y el componente de participación ciudadano como veeduría judicial.

Este trabajo continúa ahora en esa dirección por parte del Bloque Constitucional por lo que requerimos ayudarnos y apoyarnos las diferentes organizaciones que trabajamos Justicia, para lograr que todo lo que nos proponamos tenga una dinámica que aplique en lo urgente, en lo inmediato en el mediano plazo y en el largo plazo, bajo la voluntad de disponer de una justicia para la transición democrática.

Muchos de ustedes, podrían preguntarse por qué estamos discutiendo y promoviendo la continuidad de la discusión en este recinto, y quiero decirles que el motivo fundamental que inspira este encuentro de hoy, es la convicción de que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales tiene un papel que desempeñar en la reconstrucción de la Nación. Ya el tiempo de hacer informes o asesorar, o esperar que nos llegue alguna consulta de trascendencia nacional o regional ha trasmutado en la urgencia de adelantarse a ellas, y eso hemos hecho, ejercer un liderazgo social acerca de objetivos y tareas necesarias para la vida en común. Nuestra guía es alertar, señalar, guiar y a la luz de ello corregir el rumbo estamos por la convivencia política, los derechos humanos, el desarrollo económico, la educación cívica y la cohesión social.

Quiero concluir con una frase de Chateaubriand en su libro Las memorias de Ultra Tumba, que dice:

... las resistencias individuales, honorables por su carácter y contenido, son impotentes contra los hechos, más cuando pretenden grandes y profundas transformaciones sociales, pero agregaba, también es difícil que un hombre del genio de Mirabeau, con una opinión opuesta no pueda impulsarla...

Ciertamente, no somos Mirabeau; no seremos ese genio, pero sí estoy convencida que con trabajo, sacrificio, convicción y comprensión de la realidad y de la urgencia de los cambios, ¡¡lo lograremos!!

Muchas gracias.

**LA NUEVA CASACIÓN CIVIL A PARTIR
DE LA SENTENCIA NÚMERO 362
DE LA SALA CONSTITUCIONAL
DEL 10 DE MAYO DE 2018.
27 DE JUNIO DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

En su misión de resguardo del Estado de Derecho, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha convocado este Foro sobre los cambios en la Casación Civil, para analizar la repercusión de sentencias recientes de la Sala Constitucional y de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia que han pretendido cambiar el régimen legal de esa institución tradicional, sin intervención del Poder Legislativo. Se trata particularmente de las Sentencias N° 362 del 11 de mayo de 2018 de la Sala Constitucional y las sentencias de la Sala de Casación Civil del 14 de agosto de 2017 y 29 de mayo de 2018, relativas todas al nuevo régimen jurídico del recurso de casación civil.

Es oportuno a los fines del análisis que harán los distinguidos académicos y conferencistas invitados en el día de hoy, hacer algunas anotaciones históricas acerca del recurso de casación civil. Nace en la Francia revolucionaria como un recurso de interpretación de los jueces ante un órgano auxiliar de la Asamblea General –titular del Poder Legislativo– porque estaba prohibido a los tribunales interpretar la ley y debían limitarse estrictamente a aplicarla (el juez era solamente “la boca de la ley”). Principio jurídico fundamental que obedecía al resguardo de la autoridad de la ley y del legislador republicano e implicaba una fuerte reacción al abuso del rey y de los jueces en el régimen monárquico extinguido (“*ancien régime*”), en su actividad legisladora de entonces.

Así, se alejaba también la Revolución Francesa de la figura romana del “*Pretor*”, funcionario de la república romana a quien correspondía dictar las reglas de procedimiento de los juicios y los criterios generales para la solución de los casos civiles, así como conceder y quitar a discreción acciones a los ciudadanos, mediante los célebres “*edictos*” escritos en el “*álbum*”, en una época en la que no se concebía ni se hablaba de separación de poderes, sino que cada funcionario atendía a todos los aspectos de su función; edictos que generaron el “*derecho pretorio*”

creado por la jurisdicción de los pretores. Institución que desapareció efectivamente con la era de la codificación legislativa.

En 1819, como fue divulgado por nuestro académico Tomás Polanco Alcántara, a quien sucedí en el Sillón 26 de esta Academia, El Libertador Simón Bolívar, en su papel de legislador, propuso al Congreso Constituyente de Angostura atribuir a una nueva sala de casación de la Alta Corte de Justicia el conocimiento del recurso de casación, pues consideraba que se trataba de una función judicial, en el marco de la separación de poderes. “De esta manera, decía Polanco, la Casación sería una forma de acción del Poder Judicial y no una función contralora del Parlamento sobre los jueces”. De allí también las limitaciones propias de la casación, que la distinguían y separaban del resto de las funciones judiciales. No sería hasta los tiempos de Napoleón III en Francia, cuando la casación pasaría a ser una función del Poder Judicial, y en Venezuela se adoptaría la propuesta de El Libertador, seguramente animada por la ley francesa que la instituyó.

Hoy día, parece que retornamos a los tiempos del “derecho pretorio” y del “ancient régime”, porque el Jefe del Ejecutivo Nacional y los magistrados y jueces se dedican a dictar, reformar y derogar leyes, a pesar del principio de separación de poderes, que reserva esta función al Poder Legislativo, personificado en la Asamblea Nacional elegida legítimamente por el pueblo. Advertencia que en nada se opone, por si acaso, al clamor de cambiar el vetusto régimen actual del recurso de casación, para ampliar su objeto limitante y reducir o eliminar los obstáculos a una justicia oportuna configurados por las instituciones del reenvío y de la casación múltiple. A este respecto, también recordamos con Polanco el clamor de El Libertador dirigido a la Convención de Ocaña, cuando denunciaba el caos judicial, los juicios complicados por una inadecuada ley de procedimientos, pequeños pueblos enredados y sacrificados por los jueces, tribunales integrados por jueces que ignoran el derecho, y otras corruptelas más que impedían la justicia, “base de la organización política”, decía El Libertador.

No obstante que las sentencias mencionadas serán analizadas por los académicos y conferencistas invitados, no podemos dejar de señalar las razones principales de nuestra preocupación. Expresa rotundamente la Sentencia 362 de la Sala Constitucional: “Queda eliminado el

reenvío, el recurso de nulidad, la reposición de la causa cuando se estime procedente el recurso de casación por alguna denuncia de las descritas en el artículo 313, ordinal 1º del Código de Procedimiento Civil relativa a los vicios de la sentencia (ex artículo 243 y 244 ejusdem) y la casación múltiple”. Lo cual es completado con la nueva redacción de los artículos 320, 322 y 522, más la supresión total del artículo 323. Así mismo, como si se tratara de una derogación legislativa. Para fundamentar este proceder, la Sala invoca el control difuso de la constitucionalidad, así como también el llamado control concentrado de la constitucionalidad de las leyes; empero, sin atender a que el primero sólo conduciría a la desaplicación de la norma en el caso concreto, y el segundo, requeriría del seguimiento previo de una acción de inconstitucionalidad intentada por algún demandante, para dar cumplimiento al principio constitucional del debido proceso; y la creación de las nuevas normas sustitutivas serían, en todo caso, competencia de la Asamblea Nacional, no del tribunal. Por ello, nos atrevemos a afirmar que tal proceder es una muestra más de la autoatribución de competencias que ha venido realizando la Sala Constitucional en estos años, con extralimitación de la interpretación de la Constitución y con manifiesta usurpación de las funciones legislativas de la Asamblea Nacional. Práctica que ahora, al parecer, es imitada por la Sala de Casación Civil, siguiendo el mal ejemplo instaurado.

Para terminar, no es superfluo recordar en este momento las palabras expresadas en el “Espíritu de las Leyes”, obra cumbre del Barón de Montesquieu, inspiradas en la concepción más sana y justa de la organización del Estado: “No habría libertad si el poder de juzgar no estuviese separado del Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario porque el juez sería legislador. Y si estuviere unido al Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”. Axioma asumido por El Libertador legislador en todos sus escritos. Por ello, exhortamos a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a respetar el orden constitucional y el principio de separación de poderes, y en especial, la competencia legislativa exclusiva de la Asamblea Nacional, comportamiento que debe preceder a cualquier reforma de la legislación, por más justo y avanzado que pueda ser su propósito, cuyo contenido no objetamos en el presente caso. Igualmente, exhortamos a

la Asamblea Nacional a ejercer su función legislativa y a incorporar las reformas que requiere el Código de Procedimiento Civil.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, 27 de junio de 2018.

**LA REFORMA DE LA CASACIÓN
POR VÍA JURISPRUDENCIAL
Y NO LEGISLATIVA.
DR. ROMÁN J. DUQUE CORREDOR,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

La determinación de los límites en la resolución de controversias de la justicia constitucional incide en forma directa en las competencias que son asignadas constitucionalmente a los poderes públicos. En efecto, si la capacidad interpretativa de los tribunales constitucionales sobrepasa ciertos límites resultan afectados los poderes legislativos y ejecutivos en sus potestades legislativas y políticas o reglamentarias. Por lo que la regulación de la emisión de sentencias del supremo intérprete de la Constitución tiene por finalidad evitar que se invada la reserva legal atribuida constitucionalmente al legislador positivo, o la reserva reglamentaria del poder ejecutivo, o las decisiones políticas de ambos poderes. Asimismo la limitación de la competencia interpretativa de la Constitución por los tribunales constitucionales tiene por finalidad garantizar el principio del Estado de Derecho de que las leyes solo pueden ser derogadas por otras leyes. Pero también si esa potestad excede los límites de su competencia se reduce la jurisdicción del Poder Judicial de la libre interpretación y de aplicación del Derecho y se altera el sistema procesal del debido proceso y la garantía del juez natural. Este tema se manifiesta en todos los sistemas jurídicos en donde existen Tribunales Constitucionales autónomos, en los cuales la ausencia de tales límites generan principalmente constantes conflictos entre estos Tribunales y el Poder Legislativo, en una especie de choque de trenes o rivalidad de poderes, para determinar si la potestad de interpretar la ley a la luz de la Constitución permite a dichos Tribunales reformar o derogar la ley. Lo cual, sin duda, sería, una usurpación de funciones. Por otro lado, la limitación o no de las facultades del Tribunal Constitucional repercute en forma directa en la competencia de los jueces ordinarios como jueces constitucionales de aplicar el control difuso de la constitucionalidad o de interpretar la Constitución y en su condición tribunales naturales de

la causa. Ello es más trascendente aun porque por el exceso de los límites de las facultades interpretativas de los tribunales constitucionales de las leyes procesales pueden resultar afectados derechos fundamentales como los derechos de la igualdad ante la ley y en el proceso, del juez natural, de la doble instancia y del debido proceso. En este orden de ideas, en materia de conflictos con el Poder Legislativo, vale la pena recordar la controversia entre la Sala Constitucional y la Asamblea Nacional por la modificación que efectuó dicha Sala, en su sentencia 301 del 27 de febrero de 2007, en un recurso de nulidad del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, que si bien declaró inadmisibile, sin embargo, atribuyéndose competencia para interpretar de oficio la conformidad de las leyes con la Constitución, mediante una nueva redacción estableció que el *salario normal* y no el salario integral, es la base imponible de dicho tributo para los que laboran bajo relación de dependencia y excluyó de los conceptos sujetos a la retención del tributo aquellos que excedan del salario normal¹. Sentencia esta que la Asamblea Nacional calificó de una usurpación de sus funciones legislativas por lo que llegó hasta considerar que por esta sentencia los magistrados de dicha Sala habían incurrido en una falta grave por lo que procedía su remoción.

En su sentencia número 362 del 10 de mayo de 2018, la Sala Constitucional², al conocer en consulta de la Sentencia N° 510, dictada el 28 de Julio de 2017, por la Sala de Casación Civil, consideró conforme a derecho la desaplicación que acordó esta Sala por control difuso de la constitucionalidad de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil. Y a su vez, **DE MERO DERECHO** declaro, de oficio, en el mismo Procedimiento de consulta, **LA NULIDAD PARCIAL POR INCONSTITUCIONALIDAD** de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, y la **NULIDAD TOTAL POR INCONSTITUCIONALIDAD** del artículo 323 *eiusdem*. Y declaró **que por ello quedaban eliminados**, con efectos *ex nunc* y *erga omnes* para todos los casos pendiente de decisión, **el reenvío, el recurso de nulidad, la reposición de la causa**, cuando se estime procedente el recurso

¹ <https://gerenciaytributos.blogspot.com/2011/03/sentencia-tsj-que-define-base-imponible.html>

² <http://pandectasdigital.blogspot.com/2018/05/sentencia-n-362-de-fecha-10-de-mayo-de.html#footer-wrapper>

de casación de forma, y la **casación múltiple**. La referida Sala Constitucional no solo declaró la nulidad del artículo 320, sino que reescribió este artículo, en el sentido de que la Sala de Casación Civil, por regla general, al pronunciarse sobre las infracciones denunciadas, puede extenderse al fondo de la controversia y ponerle fin al litigio. Y, que en el caso de que no hubiere habido infracciones de forma, entrará a conocer de las *denuncias del recurso de casación de fondo, pronunciándose sobre ellas afirmativa o negativamente mediante análisis razonado, aplicando las normas jurídicas que considere son las aplicables al caso. E, igualmente, reescribió el artículo 322, en el sentido que la Sala de Casación Civil en todo caso podrá casar el fallo sin reenvío y ponerle fin al juicio y remitir directamente el expediente respectivo al Tribunal al cual corresponda la ejecución de la causa. Y, finalmente, reescribió el artículo 522, eiusdem, para eliminar el recurso de nulidad en contra del tribunal de reenvío. Es decir, derogó y reformó parcialmente el Código de Procedimiento Civil mediante la sentencia en comento.*

Como puede observarse, en el procedimiento mencionado de consulta del control difuso de la constitucionalidad la Sala Constitucional no solo confirmó la desaplicación los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, sino que además declaró su nulidad parcial y modificó sus textos. Por lo que se vuelve a repetir la discusión si por la vía de la competencia interpretativa constitucional es posible reformar o derogar la ley, cuando ello es de la reserva legal, hasta el punto de que la ley solo puede derogarse o reformarse por otra ley. Sobre todo cuando el procedimiento de consulta del control constitucional difuso en el cual se ejercieron esas competencias, los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, solo permitían a la Sala Constitucional confirmar o no si procedía o no inaplicar la ley y aplicar, en su lugar, una norma constitucional para resolver el asunto de autos concreto. O, en todo caso, ordenar el inicio aparte de un proceso contencioso de nulidad de los artículos considerados contrarios a la Constitución para decidir sobre su anulación en un proceso posterior. Ello es importante, porque las sentencias relativas al control difuso de la constitucionalidad no tienen efectos erga omnes, sino interpartes, a diferencia de las sentencias de los procesos de nulidad que, si tienen estos efectos, por su naturaleza de acción universal o popular. Igualmente, en

este tema está planteada la naturaleza de las sentencias interpretativas de las leyes en el sentido de su alteridad. Es decir, que su contenido ha de ser el de señalar cuál de las interpretaciones son constitucionales y cuáles son inconstitucionales, como la célebre sentencia de la entonces Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 26 de enero de 1966, que ante la demanda de nulidad del artículo 596 del Código de Procedimiento Civil de 1916, que en los interdictos posesorios establecía que, si había constancia de la perturbación o el despojo, sin la citación de la otra parte, el Juez debía decretar el amparo o la restitución con la mayor celeridad y continuar el procedimiento; la referida Corte, en lugar de declarar su nulidad, por ese motivo, y para no crear un vacío legal, señaló, por el contrario, como debía interpretarse la frase de dicho artículo “sin citación de la otra parte”, para que su aplicación no resultara inconstitucional³.

Sin entrar en un análisis del tema de la naturaleza de la interpretación constitucional que se orienta por los principios de la ponderación de los intereses, de concordancia práctica, de la unidad axiológica, de corrección funcional, de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución; a diferencia de las reglas hermenéuticas de interpretación de la ley del sentido propio de las palabras, según su conexión entre sí y la intención del legislador, la analogía y de aplicación de los principios generales del Derecho; sin embargo, a pesar de su carácter integrativo del Derecho, se justifican los límites a la facultad interpretativa constitucional por la prevalencia estricta del principio de separación de los poderes públicos y de legalidad y de la prohibición de la usurpación de funciones, contemplados en los artículos 136 , 137 y 138, de la Constitución; y por las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, sujetas a la sanción de la nulidad absoluta, según los artículos 138, ya citado, y 25, constitucionales, respectivamente. Este principio de la legalidad en materia de la función jurisdiccional se materializa en la competencia material de los jueces y en el cumplimiento por ellos de la legalidad formal esencial del procedimiento o del debido proceso que deben seguir para el ejercicio de su función jurisdiccional. Del respeto de estos límites por los jueces, cualquiera que sea su

³ www.monografias.com/trabajos80/interdictos/interdictos3.shtml#laciona

jerarquía, depende la legitimidad de sus decisiones, vale decir, la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional. Por ello, el artículo 253, de la Constitución, establece que en ejercicio de la administración de justicia los órganos del Poder Judicial solo pueden conocer de las causas y asuntos, conforme su competencia y mediante los procedimientos que determinen las leyes. Limitación esta de la función jurisdiccional que es aplicable a los tribunales de municipio como al Tribunal Supremo de Justicia.

En ese orden ideas, son límites de la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional, y por ende, de la jurisdicción constitucional, el principio de la legalidad de las funciones de los poderes del Estado y de la reserva legal, la prohibición de la usurpación de funciones, la garantía de los derechos fundamentales y el debido proceso, que se comprenden en el respeto de la competencia y del cumplimiento de las reglas procesales esenciales de los órganos del Poder judicial, del cual uno de ellos es la Sala Constitucional. En el caso de su sentencia número 362 del 10 de mayo de 2018, la Sala Constitucional desconoció estos límites. Primeramente, porque, de acuerdo con los artículos 33 y 34, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, su competencia en materia de consulta sobre el control difuso de la constitucionalidad, solo le atribuye potestad para que esta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de las normas legales en cuestión y para que en el supuesto que considere conforme su desapplicación por control difuso para que disponga de oficio el inicio del procedimiento de nulidad previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Es decir, su competencia de la consulta sobre el control difuso no le permite, primeramente, declarar nulidad alguna, sino en un procedimiento aparte, porque su potestad es la de examinar en abstracto la constitucionalidad y, en segundo lugar, mucho menos derogar o reformar norma alguna procesal, por cuanto ello constituye materia de la reserva legal, conforme los artículos 156, numeral 32, y 187, numeral 1, respectivamente, en concordancia con el artículo 218, todos de la Constitución.

En este mismo orden de ideas, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 127, establece que hasta tanto se regulen las competencias constitucional y electoral, la tramitación de los asuntos que conozcan la Sala Constitucional y la Sala Electoral, se regirán

por los procedimientos establecidos en dicha Ley. Concretamente, el artículo 128, de la referida Ley, dispone que los procesos ante la Sala Constitucional, concretamente, los que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 17, de su artículo 25, deberán tramitarse conforme los procesos regulados en su el Capítulo II de su Título XI, uno de los cuales es el previsto en el numeral 2, del este artículo, de nulidad de leyes nacionales, en el cual procede el emplazamiento de los interesados, mediante cartel, la intervención de estos interesados mediante audiencia pública, dado su carácter de universal de acción popular. Por otro lado, el Tribunal Supremo de Justicia, y por tanto la Sala Constitucional, solo puede conocer de los asuntos de nulidad que le competen a instancia de parte interesada; y únicamente puede actuar de oficio en los casos que disponga la ley, según el artículo 89, de la Ley Orgánica que lo rige. Y ocurre, que el artículo 34, de esta Ley, para el supuesto que la Sala mencionada declare conforme la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, únicamente la faculta para que de oficio ordene el inicio del proceso de nulidad contemplado en la Ley citada, pero no para que de oficio declare la nulidad de la norma desaplicada en la misma consulta del control difuso de la constitucionalidad.

De modo que en mi criterio, la reforma de la casación, por vía jurisprudencial, concretamente a través de la competencia de la Sala Constitucional de consulta sobre el control difuso de la constitucionalidad, conforme se hizo en la Sentencia número 362 del 10 de mayo de 2018 de la Sala Constitucional, resulta ilegítima, al no respetar el principio de la separación de los poderes y de legalidad del ejercicio de las funciones públicas, concretamente de la reserva legal, al reformar los artículos 320, 322 y 522, del Código de Procedimiento Civil; y al no atenerse a los límites de su competencia constitucional, contemplados en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, así como la garantía del debido proceso, al declarar la nulidades parciales de estos artículos y la nulidad absoluta del artículo 323, sin cumplir el procedimiento de nulidad establecido. Además, representa un ejercicio ilegítimo de la función jurisdiccional de consulta del control difuso de la constitucionalidad el declarar de oficio tales nulidades, puesto que con esta declaratoria se convirtió la consulta en un proceso de nulidad, pero sin las garantías del debido proceso. Y, por

último, violó el artículo 218, constitucional, que establece el principio de la jerarquía de las leyes, según el cual la ley solo puede derogarse o reformarse por otras leyes.

No me corresponde analizar propiamente los efectos procesales que supone la reforma judicial de la casación, pero si advertir que según el dispositivo de la sentencia en comento, la Sala de Casación Civil pudiera resultar un tribunal de única instancia, si no se determinan los casos de casación sin reenvío que no requieran de actividad probatoria. En efecto, por ejemplo, conforme dicha reforma, si la sentencia fue casada porque no procedía la perención, el desistimiento o la reposición, que se refieren a cuestiones procesales y no de fondo, la Sala de Casación Civil pudiera decidir el fondo por primera vez como un tribunal de la causa, o de instancia, en cuyo caso solo cabría la revisión de la sentencia de la casación, que según la Sala Constitucional no es un recurso sino su potestad. Lo curioso es que, según el artículo 35, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de proceder la revisión, esta Sala puede reenviar la controversia a la Sala o Tribunal respectivo o conocer la causa, pero siempre que el motivo que haya generado la revisión constitucional sea de mero derecho y no suponga una nueva actividad probatoria; o que la Sala pondere que el reenvío pueda significar una dilación inútil o indebida, cuando se trate de un vicio que pueda subsanarse con la sola decisión que sea dictada en la revisión. Es decir, que en la revisión la Sala Constitucional puede conocer del fondo, cuando no se trate de los hechos sino de cuestiones de mero derecho y que no impliquen actividad probatoria, a diferencia del texto de la sentencia de la Sala Constitucional objeto de esta exposición, según la cual la Sala de Casación Civil puede entrar a conocer de los hechos aunque no hubieren sido objeto de decisión por los tribunales de instancia y aunque el asunto no sea de mero derecho o implique actividad probatoria.

Quisiera finalizar recordando que si bien en el derecho procesal constitucional comparado se admiten dentro de las sentencias estimativas las sentencias de anulación que combinan la potestad de interpretación con la de anulación y las sentencias interpretativas manipulativas y dentro de este tipo las sentencias interpretativas reductoras, aditivas y sustitutivas, sin embargo, se entiende por tales, las sentencias que no declaran la nulidad de las normas examinadas, ni tampoco las modifican

o reescriben, sino que determinan sentidos interpretativos estrictos o extensivos no recogidos en los textos constitucionales o legales por su redacción excesiva o estrecha, ambigua o incompleta. O, señalan qué sentido interpretativo de sus textos es constitucional y cual sentido es inconstitucional. Y también dentro de las sentencias estimativas o desestimativas se incluyen las sentencias interpretativas exhortativas por las que los tribunales constitucionales al declarar la inconstitucionalidad de la ley exhortan al Poder Legislativo para que, dentro del plazo que fijen, *éste realice las modificaciones necesarias a las leyes contrarias a la Constitución. O, señalan la interpretación que ha de darse a la ley para que su aplicación no resulte inconstitucional. En el derecho procesal constitucional comparado no se admite que por la vía de la interpretación constitucional, aun de anulación, se reforme la Constitución o las leyes, como el caso de la Sentencia número 362 del 10 de mayo de 2018 de la Sala Constitucional, que ha sido objeto de mis comentarios y que por no respetar los límites de su competencia de interpretación y del procedimiento de consulta del control difuso de constitucionalidad, resulta, en mi criterio, un ejemplo del ejercicio ilegítimo de la función jurisdiccional por un tribunal Constitucional. Yo pienso que si la Sala Constitucional consideró conforme a Derecho la desaplicación de los artículos 320, 322, 323 y 522, del Código de Procedimiento Civil, y si en verdad estas normas son inconstitucionales, en lugar de declarar su nulidad en el mismo procedimiento de consulta del control difuso y de reeditar sus textos, ha podido en su sentencia exhortar al Poder Legislativo para que reformara dicho Código o indicar los criterios de interpretación de las normas pertinentes conforme la Constitución; lo cual ha tenido que hacer la Sala de Casación Civil, en su sentencia de fecha 29 de mayo de 2018, respecto de la nueva redacción de las normas que eliminaron el reenvío y la casación múltiple, y respecto de los casos en los que la casación puede extenderse al fondo de la controversia. Pienso que aun aceptando la tesis interpretativa exuberante de la Sala Constitucional, que está en lugar de reformar los artículos cuestionados por inconstitucionales, ha podido remitir al sistema de la casación contemplado en la Ley Orgánica del Proceso Laboral, promulgado bajo la vigente Constitución, que ciertamente no representa un riesgo para la igualdad ante la ley y en el proceso, para la garantía del juez natural de*

los tribunales ordinarios y de la doble instancia, por establecer reglas relativas a los casos en que no procede el reenvío en los casos del recurso de fondo, entre otros aspectos positivos y progresistas.

Finalmente, si el Derecho es la ciencia de las diferentes argumentaciones, el establecimiento de los límites expresos a las competencias de los tribunales constitucionales para establecer interpretaciones definitivas, es consustancial a la función interpretativa judicial. E, igualmente, el establecimiento de reglas para valorar la existencia y la obligatoriedad de los precedentes judiciales como fuentes del Derecho, es connatural a la autonomía interpretativa de la función judicial. La concepción del Derecho como ciencia de la argumentación, por definición, impide, por principio general, que la función jurisdiccional legal y constitucional se desarrolle, como regla general, en base al establecimiento de precedentes judiciales definitivos del sentido o efecto de los preceptos legales y constitucionales. La debida regulación del precedente judicial y el ejercicio estricto de la función interpretativa vinculante dentro de los límites procedimentales y competenciales por parte de los tribunales constitucionales y de los límites de la reserva legal y de la reserva constituyente; garantizan la libertad de la función jurisdiccional interpretativa de los jueces y el debido proceso y el principio del juez natural.

A manera de resumen, quisiera concluir con la cita de las palabras, del Dr. Manuel García Pelayo, de su Discurso en el acto de instalación del Tribunal Constitucional español; sobre la responsabilidad de este Tribunal:

“(…), dado que todos los demás órganos constitucionales están sujetos al control del Tribunal en cuanto a la constitucionalidad de sus actos, y dado que no hay apelación alguna frente a sus decisiones, el Tribunal, es en un orden, el defensor supremo de la Constitución. Es oportuno advertir, que sus posibilidades no son ilimitadas: no puede actuar por su propia iniciativa, sino por impulso exterior. Puede defender la Constitución frente a los órganos del Estado, pero no frente a poderes extraestatales. Solo entiende de cuestiones planteadas y resolubles en términos jurídicos. Y todo ello por supuesto dentro de las competencias que le han sido conferidas”.

EL SISTEMA PROBATORIO Y SU CONTROL CASACIONAL. PROF. SALVADOR YANNUZZI, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN (e).

SUMARIO

1.- Aclaratoria. 2.- Normativa modificada. 3.- Alcance de la nueva normativa en materia probatoria. 4.- Casación sobre los hechos. 5.- Nuevas pautas.

1. ACLARATORIA

Con vista del fallo N° RC-510, del 28 de julio de 2017, proferido por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, así como de la decisión N° 362, del 11 de mayo de 2018, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en razón del juicio seguido por Marshall y Asociados C.A. contra Aseguradora Nacional Unida Uniseguros, S.A., con efectos *ex nunc* y *erga omnes*, a partir de su publicación, de acuerdo al texto de la misma decisión, se declaró conforme a derecho la desaplicación por control difuso constitucional de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, los que fueron objeto de una nueva redacción, y la nulidad del artículo 323 *eiusdem* y, por ende, también quedó en desuso el artículo 210 del Código Adjetivo, y se eliminó la figura del reenvío en el proceso de casación civil, como regla, y lo dejó sólo de forma excepcional. Lo anterior fue ratificado por la señalada Sala de Casación Civil, en sentencia proferida por dicha Sala, el 29 de mayo de 2018, en el juicio seguido por Luis Antonio Díaz Barreto contra Ysbetia Rocío González Zamora.

Por ello, es necesario revisar las decisiones de referencia, a los fines de determinar las variantes, que de acuerdo a los fallos señalados, va a experimentar el sistema probatorio contemplado en el Código de Procedimiento Civil; es decir, en qué medida dichas decisiones lo afectarían en relación con la tramitación del recurso de casación. Ello es el objetivo de este breve trabajo.

2. NORMATIVA MODIFICADA

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, procedió a redactar los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento

Civil, sin tener atribuida dicha competencia, ya que ello corresponde a la Asamblea Nacional de la República.¹

En efecto, los artículos 320, 322, 323 y 522 del Código de Procedimiento Civil expresan lo siguiente:

Artículo 320

“En su sentencia del recurso de casación, la Corte Suprema de Justicia, se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, sin extenderse al fondo de la controversia, ni al establecimiento ni apreciación de los hechos que hayan efectuado los Tribunales de instancia, salvo que en el escrito de formalización se haya denunciado la infracción de una norma jurídica expresa que regule el establecimiento o valoración de los hechos, o de las pruebas o que la parte dispositiva del fallo sea consecuencia de una suposición falsa por parte del Juez, que atribuyó a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o dio por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo.

Podrá también la Corte Suprema de Justicia extender su examen al establecimiento o valoración de los hechos cuando tratándose de pruebas no contempladas expresamente en la ley, el Juez las haya admitido o evacuado sin atenerse a la analogía a que se refiere el artículo 395 de

¹ **Obviamente, que el proceso de formación o modificación de una ley, es competencia del poder legislativo, quien puede excepcionalmente delegarlo en el poder ejecutivo. Tanto la Constitución de la República como en el Reglamento de Interior y Debate de la Asamblea Nacional contienen las regulaciones que deben seguirse y aplicarse para sancionar un proyecto de ley, el cual debe cumplirse puntillosamente, por lo que otro órgano del Estado no puede arrogarse ese cometido, sin incurrir en usurpación de funciones.** Lo primero que debe hacerse, es presentar el proyecto con la respectiva exposición de motivos, la que debe ser explicativa de las razones que hacen necesaria aprobar o modificar una ley determinada y, por mandato constitucional, iniciar las consultas que correspondan con otros órganos o ciudadanos, de acuerdo a la ley que se pretenda pasar o modificar. Después de aprobado debe enviarse a la cámara para proceder con la primera discusión, en la que se considerará las razones y motivos que hacen necesaria aprobar la ley o modificarla. De ser aprobada, debe remitirse a la comisión respectiva antes de proceder a la segunda discusión, de ser el caso, en la que se debe analizar de manera independiente cada artículo. De ser aprobada, se remite al Ejecutivo para su promulgación. Puede ocurrir que el Ejecutivo tenga observaciones y la devuelva o que se discute su constitucionalidad, caso en el cual se remitirá a la Sala Constitucional del Alto Tribunal, pero independientemente de ello, de manera general, ese es el procedimiento que debe cumplirse.

este Código, o no las haya apreciado según las reglas de la sana crítica a que se refiere el artículo 507 ejusdem.

Si al decidir el recurso la Corte Suprema de Justicia encontrare una infracción de las descritas en el ordinal 1° del artículo 313, se abstendrá de conocer las otras denuncias de infracción formuladas, y decretará la nulidad y reposición de la causa al estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico infringido. Igual abstención hará cuando declare con lugar una infracción que afecte una interlocutoria que haya producido un gravamen no reparado en la definitiva.

Si no hubiere habido las infracciones aludidas en el párrafo anterior, la Corte Suprema de Justicia entrará a conocer de las denuncias formuladas conforme al ordinal 2° del artículo 313, pronunciándose sobre ellas afirmativa o negativamente mediante análisis razonado y estableciendo además, cuáles son las normas jurídicas aplicables para resolver la controversia, ya sean éstas las indicadas por las partes en los escritos de formalización o de contestación, o las que la propia Corte Suprema de Justicia considere que son las aplicables al caso.

Podrá también la Corte Suprema de Justicia en su sentencia hacer pronunciamiento expreso, para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucional que ella encontrare, aunque no se las haya denunciado.

En la sentencia del recurso se hará pronunciamiento expreso sobre costas conforme a lo dispuesto en el Título VI de este Libro. La condena en costas del recurso será obligatoria en caso de desistimiento o cuando se le deje perecer.

Si en un mismo juicio se anunciaren y admitieren varios recursos de casación al mismo tiempo, la decisión de ellos se abrazará en una sola sentencia que contenga tantos capítulos como recursos, pero la sustanciación se hará en cuadernos separados. (Resaltado y subrayado añadido).

Artículo 322

“Declarado con lugar el recurso de Casación por las infracciones descritas en el ordinal 1° del artículo 313, la Corte Suprema de Justicia remitirá el expediente directamente al Tribunal que deba sustanciar de nuevo el juicio, y si éste no pudiere continuar conociendo por razones

de inhibición, lo pasará de inmediato al que deba continuar conociendo conforme a las disposiciones de este Código, participándole dicha remisión al Tribunal que le envió el expediente a la Corte.

Si el recurso fuere declarado con lugar por las infracciones descritas en el ordinal 2° del artículo 313, el Juez de reenvío se limitará a dictar nueva sentencia sometiéndose completamente a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia. La doctrina del fallo de casación, tanto estimatoria como desestimatoria, es vinculante para el Juez de reenvío, quien dictará nueva sentencia con base en las disposiciones de la ley que la Corte Suprema de Justicia haya declarado aplicables al caso resuelto.

La Corte Suprema de Justicia podrá casar un fallo sin reenvío, cuando su decisión sobre el recurso haga innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el fondo. Podrá también la Corte Suprema de Justicia prescindir del reenvío, y poner término al litigio, cada vez que los hechos que han sido soberanamente establecidos y apreciados por los jueces del fondo, le permitan aplicar la apropiada regla de derecho. En estos casos, la Corte Suprema de Justicia hará pronunciamiento expreso sobre las costas del juicio, de acuerdo con las disposiciones del Título VI, Libro Primero de este Código. El fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia que no requiriese decisión de reenvío, se remitirá directamente al Tribunal al cual corresponda la ejecución, junto con el expediente respectivo”

Artículo 323

“Si el Juez de reenvío fallara contra lo decidido por la Corte Suprema de Justicia, las partes interesadas podrán proponer recurso de nulidad contra la nueva sentencia dentro de los diez días siguientes a su publicación.

Propuesto este recurso, el Tribunal de Reenvío remitirá en primera oportunidad el expediente a la Corte Suprema de Justicia, certificándolo de oficio, la cual, tan luego como lo reciba leerá la sentencia que dictó y la del Juez de reenvío y las demás actas del expediente que fuere necesario para formarse criterio sobre el particular. Las partes podrán presentar dentro de los cinco días siguientes al recibo del expediente

por la Corte Suprema de Justicia, un escrito que no excederá de tres folios, consignando sus puntos de vista sobre el asunto. Pasados dichos cinco días la Corte Suprema de Justicia entrará a decidir el recurso, y si encontrare que el Tribunal de reenvío contrarió lo decidido por ella le ordenará que dicte nueva sentencia obedeciendo su decisión. La Corte Suprema de Justicia podrá imponer multa hasta de diez mil bolívares, a los jueces de reenvío que se aparten de lo decidido por ella, sin perjuicio de la responsabilidad que las partes puedan exigir al Juez” (Resaltado y subrayado añadido).

Artículo 522

“Si no se anunciare oportunamente el recurso de casación, el Tribunal remitirá los autos inmediatamente al que corresponda la ejecución de la sentencia.

Si se anunciare y admitiere el recurso de casación contra la sentencia de última instancia, se le dará curso remitiéndose inmediatamente el expediente a la Corte Suprema de Justicia. Si no se admitiere el recurso de casación anunciado, el Tribunal devolverá los autos al inferior para la ejecución de la sentencia, pasados que sean cinco días desde la fecha de la negativa de admisión del recurso.

Si oportunamente se anunciare el recurso de hecho para ante la Corte Suprema de Justicia, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 316 de este Código.

Si hubiere habido recurso de casación, y éste fuere declarado con lugar, el Tribunal a quien corresponda dictará la nueva sentencia dentro de los cuarenta días siguientes a la fecha del recibo del expediente, remitiendo éste, pasados que sean los diez días que se dan para la interposición del recurso de nulidad, al Tribunal a quien corresponda la ejecución. Si se propusiere el recurso de nulidad se remitirá el expediente nuevamente a la Corte Suprema de Justicia con la mayor urgencia.

En todo caso, el Tribunal Superior dejará copia certificada de la sentencia que haya pronunciado, a expensas de la parte interesada”

Aunque se haya incumplido con el procedimiento para la modificación de las leyes previsto en la Constitución de la República, tenemos la certeza de que el Tribunal Supremo de Justicia, va a aplicar en el

futuro las disposiciones de la manera como fueron redactadas por la Sala Constitucional, ya que no aceptarán la ilegitimidad de su proceder, por lo que los justiciables deberán atenerse al texto de la decisión. En la sentencia proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Suprema de Justicia, en virtud de la declaratoria de nulidad que antecede, los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, se dejó establecida la redacción de los artículos del Código de Procedimiento Civil que procedieron a modificar, los que transcribimos a continuación:

Artículo 320

“En su sentencia del recurso de casación, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, pudiendo extenderse al fondo de la controversia y ponerle fin al litigio.

Al decidir el recurso el Tribunal Supremo de Justicia se pronunciará sobre las denuncias que se sustenten en el ordinal 1° del artículo 313, y sólo podrá reponer la causa en caso de quebrantamiento de formas procesales que produzcan un menoscabo al derecho a la defensa.

Si no hubiere habido las infracciones aludidas en el párrafo anterior, la Corte Suprema de Justicia entrará a conocer de las *denuncias formuladas conforme al ordinal 2° del artículo 313, pronunciándose sobre ellas afirmativa o negativamente mediante análisis razonado, aplicando las normas jurídicas que considere son las aplicables al caso.*

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia deberá hacer pronunciamiento expreso en su sentencia, para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucional que ella encontrare, aunque no se las haya denunciado.

En la sentencia del recurso se hará pronunciamiento expreso sobre costas conforme a lo dispuesto en el Título VI de este Libro. La condena en costas del recurso será obligatoria en caso de desistimiento o cuando se le deje perecer.

Si en un mismo juicio se anunciaren y admitieren varios recursos de casación al mismo tiempo, la decisión de ellos se abrazará en una sola sentencia que contenga tantos capítulos como recursos, pero la sustanciación se hará en cuadernos separados”.

Artículo 322

“Declarado con lugar el recurso de casación por las infracciones descritas en el ordinal 1° del artículo 313, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia remitirá el expediente directamente al Tribunal que deba sustanciar de nuevo el juicio, y si éste no pudiere continuar conociendo por razones de inhibición, lo pasará de inmediato al que deba continuar conociendo conforme a las disposiciones de este Código, participándole dicha remisión al Tribunal que le envió el expediente a la Corte.

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia podrá casar el fallo sin reenvío y ponerle fin al juicio. En este caso, hará pronunciamiento expreso sobre las costas, de acuerdo con las disposiciones del Título VI, Libro Primero de este Código. El fallo dictado se remitirá directamente al Tribunal al cual corresponda la ejecución, junto con el expediente respectivo”.

Artículo 522

“Si no se anunciare oportunamente el recurso de casación, el Tribunal remitirá los autos inmediatamente al que corresponda la ejecución de la sentencia.

Si se anunciare y admitiere el recurso de casación contra la sentencia de última instancia, se le dará curso remitiéndose inmediatamente el expediente a la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Si no se admitiere el recurso de casación anunciado, se devolverán los autos al inferior para la ejecución de la sentencia, pasados que sean cinco días desde la fecha de la negativa de admisión del recurso.

Si oportunamente se anunciare el recurso de hecho para ante la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, se procederá conforme a lo dispuesto *en el artículo 316 de este Código*”.

Así mismo, en la sentencia de referencia, la Sala Constitucional procedió a anular, en su totalidad, el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, el cual fue transcrito precedentemente.

Con ello, se modifica el régimen casacional de tener una Casación con reenvío y nulidad, de incumplir con la doctrina sentada por la Sala de Casación Civil en el caso específico, para mutar en un sistema en el que de encontrarse los vicios denunciados o aquellos que afecten el

orden público, la referida Sala adquiriría plena jurisdicción para dictar la sentencia de mérito.

3. ALCANCE DE LA NUEVA NORMATIVA EN MATERIA PROBATORIA

De acuerdo a la nueva redacción de las normas de referencia, por efecto del control difuso constitucional declarado y en aplicación de los supuestos indicados en el ordinal primero del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil (el cual no fue objeto de modificación), tendríamos que sería procedente decretar la reposición de la causa, en sede casacional, en materia probatoria, en los casos indicados por la sentencia del 29 de mayo de 2018, si existiere alguno de los vicios siguientes:

1) Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho de defensa;²

² El académico Arístides Rengel Romberg, al referirse a este supuesto, en su obra *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, citado por los autores RUEDA, Aníbal y PERRETTI de PARADA Magaly, en la obra *Recursos Revisables ante la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil*. Editorial Pierre Tapia, Caracas 1995. Págs. 64 y 65, afirma al referirse al derecho a la defensa, específicamente a la ruptura del equilibrio procesal, señala que la doctrina y jurisprudencia patria, admiten los casos siguientes: “1) Cuando se establecen preferencias y desigualdades; 2) Cuando se acuerdan facultades, medios o recursos no establecidos en la ley, o se niegan los permitidos por ella; 3) Si el juez no provee sobre las peticiones en tiempo hábil con perjuicio de una parte; 4) Cuando se niega o silencia una prueba o se resiste a verificar su evacuación (El silencio de prueba, de acuerdo a la nueva concepción de la Sala, es considerada una infracción de ley); 5) Cuando el juez menoscaba o excede sus poderes en perjuicio de uno de los litigantes”. Estas son los mismos motivos a los que nos referimos en este trabajo al indicar los vicios que harían procedente el recurso. Por su parte los autores ABREU BURELLI, A. y MEJIA, L. A., en su obra *La Casación Civil*, 2ª. Edición actualizada. Ediciones Homero. Editorial Melvin C.A. Caracas 2005. Pago. 275, al referirse a la indefensión, citando a la Sala de Casación Civil, expresan: “El vicio de indefensión solamente se comete cuando por un acto imputable al juez, se priva o limita indebidamente a una de las partes el libre ejercicio de los medios o recursos que la Ley pone a su alcance para hacer valer sus derechos, o cuando se rompe la igualdad procesal, estableciendo preferencias o desigualdades, al acordar facultades, medios o recursos no establecidos en la ley”.

De seguidas los señalados autores, citan a Cuenca, quien señala que hay ruptura de la igualdad procesal cuando: “Se establecen preferencias y desigualdades; se acuerdan facultades, medios o recursos no establecidos en la Ley o se niegan los permitidos en ella; si el juez no provee sobre las peticiones en tiempo hábil en perjuicio de una parte: si niega o silencia una prueba (ya indicamos que la Sala de Casación Civil modificó su criterio y ahora este vicio es considerado como infracción de Ley) o se resiste a verificar su evacuación: en general cuando el juez menoscaba o excede sus poderes de manera que rompe el equilibrio procesal con perjuicio de un litigante”.

2) Por desequilibrio procesal por no mantener el juez a las partes en igualdad de condiciones ante la ley;

3) Por petición de principio, cuando obstruya la admisión de un recurso impugnativo;

4) Cuando sea procedente la denuncia por reposición no decretada o preterida; y

5) Por la violación de los principios constitucionales de expectativa plausible, confianza legítima, seguridad jurídica y estabilidad de criterio, que degeneren en indefensión, con la violación del debido proceso, derecho a la defensa y del principio de legalidad de las formas.

Llama la atención lo señalado en cuanto a la violación de los principios constitucionales de expectativa plausible, confianza legítima, seguridad jurídica y estabilidad de criterio, porque no era algo que se había transitado con anterioridad, sino de manera muy ocasional, por lo que pareciera que se está tratando de desarrollar una nueva categorización, que parte de la premisa de la necesidad de acatar las decisiones de la Sala de Casación Civil o de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En ese sentido podría denunciarse por lo siguiente:

a) La aplicación de un criterio jurisprudencial no vigente de la Sala de Casación Civil o de la Sala Constitucional, para la fecha de presentación de la demanda; o

b) Que se aplique un criterio contrario a la doctrina y jurisprudencia de la Sala de Casación Civil o de la Sala Constitucional, dado su carácter de orden público, al estar íntimamente ligados a la violación de las garantías constitucionales del derecho de petición, igualdad ante la ley, debido proceso y derecho a la defensa,

En estos casos la Sala de Casación Civil, de acuerdo a lo expresado en la propia sentencia, dictará su decisión tomando en cuenta la influencia determinante del mismo en el dispositivo del fallo y si éste incide directamente sobre la sustanciación del proceso o sobre el fondo y en consecuencia aplicará como correctivo, ya sea la reposición de la causa o la casación parcial o total, según lo amerite el caso, en una interpretación de la ley en forma estable y reiterativa, para una administración de justicia idónea, responsable, con transparencia e imparcialidad, evitando cualquier reposición inútil que genere un retardo y desgaste innecesario de la jurisdicción, conforme a lo señalado en los artículos 2, 21, 26, 49,

51 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que adoptan un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político; el derecho de igualdad para acceder a la justicia, a la tutela judicial efectiva de los derechos, de forma equitativa, sin formalismos inútiles, en un proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia.

Pareciera que en esa situación, aún si el criterio está errado que la sala debe considerarlo para declarar procedente la delación y cambiaría el criterio con vinculación para los casos sucesivos.

En cuanto a lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil (CPC), debe indicarse que de manera reiterada, la Casación Civil venezolana ha venido señalando, que el recurso de casación por infracción de ley, debe apoyarse en los supuestos siguientes:

Error de interpretación en cuanto al contenido y alcance de una norma jurídica, lo que implica, casuísticamente, los errores de interpretación en los que el juzgador pueda incurrir, bien por no encuadrar el objeto de la decisión en la hipótesis prevista en la norma, o en la determinación de sus consecuencias.³

Aplicación falsa de una disposición legal, lo que conlleva que el juez subsuma en la norma una situación fáctica que no es la contemplada en ella, bien por error en la comprobación de los hechos o en la calificación jurídica de la hipótesis planteada.⁴

³ RUEDA, A. y PERRETTI de PARADA, M. Obra Cit. Pág. 87, al referirse a este supuesto, expresan: “La interpretación errónea, esto es, el error acerca del contenido y alcance de una disposición expresa de la ley, comprende, por tanto, los errores de interpretación en los que puede incurrir el juez, en lo que se refiere a la hipótesis abstractamente prevista en la norma, como a la determinación de sus consecuencias legales”.

⁴ Ibídem. Los autores de referencia al tratar este supuesto, manifiestan: “La falsa aplicación, que se produce cuando el juez hace la aplicación de una determinada norma jurídica a una situación de hecho que no es la contemplada en ella, esto es, el error que puede provenir de la comprobación de los hechos o de un error en la calificación jurídica de la hipótesis concreta”.

Aplicación de una norma jurídica que no esté vigente. Este es uno de los supuestos que la doctrina señala como verdadero caso de infracción de ley, en sentido estricto.⁵

Negarle aplicación y vigencia a una norma que sí lo esté. En este supuesto, por vía doctrinaria, se ha encuadrado el vicio no previsto en el Código Adjetivo, como lo es “la falta de aplicación de la norma. Este es el otro de los supuestos que la doctrina señala como verdadero caso de infracción de ley, en sentido estricto.

Es conveniente acotar que la diferencia entre los señalados supuestos radica en que en el primer caso se fundamenta en que si bien el sentenciador conoce la norma que contiene la solución a lo controvertido, niega la aplicación o vigencia de la norma; mientras que el otro caso, surge debido a una omisión del juzgador, referida a la norma aplicable para resolver la controversia.

Violación de una máxima de experiencia. En razón de que dicha normativa no fue modificada, se mantienen todos los supuestos indicados, por lo que la sentencia en comento no hizo alteración alguna en cuanto a ellos.

4. CASACIÓN SOBRE LOS HECHOS

Tradicionalmente se había considerado que el recurso de casación sobre los hechos está referido a errores de juicio, por lo que necesariamente para que se tramitara el recurso formalizado, el recurrente obligatoriamente debía apoyarse en el dispositivo del artículo 320 del CPC⁶

⁵ *Ibidem*. Los mencionados autores al referirse a este supuesto, comentan: “La violación o infracción de ley en sentido estricto, que es cuando se aplica una norma que no está vigente, o se le niegue aplicación o vigencia a una que lo esté”. Nosotros preferimos tratar por separado ambos supuestos.

⁶ El profesor MARQUEZ AÑEZ, L., en su obra *El Recurso de Casación, La Cuestión de Hecho y el Artículo 320 del Código de Procedimiento Civil*, Fondo de Publicaciones UCAB / Fundación Polar, Caracas 1994, Págs. 68 – 69, al comentar el artículo 320 del Código Adjetivo, expresa: “La nueva normativa del CPC (art. 320), se apoya y despliega su alcance sobre la base de cuatro conceptos fundamentales, a saber: el establecimiento de los hechos, la valoración de los hechos, el establecimiento de las pruebas, y la valoración de las pruebas, en forma que cada vez que pueda identificarse y denunciarse una norma jurídica expresa que regule los campos de establecimiento o la valoración, de hecho o de las pruebas, la Sala podrá entrar a examinarlos, lo que envuelve una amplia extensión de sus facultades en esta materia”.

(cuyo texto fue modificado por la sentencia 362), concordado con alguno de los supuestos previstos en el ordinal 2° del artículo 313 del CPC (que como se ha señalado, mantiene la misma redacción), denunciando alguno o algunos de los vicios siguientes:

La violación de normas jurídicas expresas que regulen el establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas;

Que el dispositivo de la sentencia es consecuencia de una suposición falsa del juez, por haberle atribuido a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene;⁷

Dar por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos;⁸

Dar por demostrado un hecho con pruebas cuya inexactitud resulta de actas o instrumentos del expediente mismo.

Desviación ideológica intelectual en el análisis de las cláusulas del contrato.

Violaciones de ley relacionadas con el control de las pruebas no contempladas expresamente en la ley o prueba libre.

Silencio de pruebas.

En estos casos se exigía al recurrente, formalizar su recurso en el que debía expresar lo siguiente:

Indicar el hecho que aparece demostrado como consecuencia de una prueba inexistente, falsa o inexacta.

Señalar la norma jurídica que resultó infringida, ya que la falsa suposición es un caso de violación de norma expresa para valorar el mérito de la prueba.

Señalar el acta o instrumento en que se revele la falsa suposición.

Denunciar el texto legal que contenga la valoración de prueba que se aduce fue infringida.

⁷ RUEDA, A. y PERRETTI de PARADA, M., Ob. Cit. Pág. 95, se refieren a este supuesto por “desnaturalización” o por “desviación ideológica” de un instrumento, a fin de “hacerle producir efectos distintos de los en ellos previstos o al punto de que produzcan efectos que hubieran producido otra mención que el instrumento no contiene”.

⁸ Ídem. Pág. 98. Los señalados autores al referirse a este supuesto, manifiestan: “... que la conclusión del sentenciador aparece apoyada en una prueba que no ha sido incorporada materialmente al expediente sino que ha sido creada por inadvertencia o por la imaginación del funcionario judicial”.

Expresar las razones que demuestran que la infracción cometida fue determinante en el dispositivo del fallo.

De no cumplirse con dicha técnica, la Sala no conocía sobre las infracciones por no haberse cumplido con las exigencias legales y jurisprudenciales que se habían establecido.

Es decir, que no se alteran las causas o motivos por lo que es posible impugnar el fallo; sin embargo, de acuerdo al OBITER DICTUM contenido en la sentencia del 28 de julio de 2017, las exigencias para la formalización no serán tan rigurosas, por lo que el formalizante tendrá mayor flexibilidad para formular sus denuncias.

5. NUEVAS PAUTAS

En el fallo 362 dictado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, el 29 de mayo de 2018, en el que se indican las nuevas pautas para la tramitación y resolución del recurso de casación, al referirse a la casación por infracción de ley – de acuerdo al encabezamiento del artículo 320 CPC, con la nueva redacción - que expresa “La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, pudiendo extenderse al fondo de la controversia y ponerle fin al litigio”, por lo que la Sala de Casación Civil si encuentra fundado el recurso formalizado procede a casar la sentencia impugnada y a dictar una decisión que resuelva la controversia; pero, también podría determinar la existencia de infracciones que afecten el orden público y proceder a casar la sentencia, extendiéndose sobre el fondo del litigio, aunque el recurrente no haya denunciado el vicio.

La sentencia en comento prevé la posibilidad de casar la sentencia impugnada parcial o totalmente, y en el aspecto que nos incumbe, tenemos que de acuerdo a dicho fallo, la Sala de Casación Civil podría anular parcialmente la decisión recurrida, por inmotivación, en los casos siguientes:

Por petición de principio, es decir, cuando se dé por probado lo que es objeto de prueba.

Por inmotivación en el análisis de las pruebas.

Es decir, que la Sala de Casación Civil procedería a remediar el fallo recurrido exclusivamente con respecto al vicio que haya sido declarado procedente por la Sala, permaneciendo el resto del fallo con fuerza de cosa juzgada. La razón aducida por la Sala para concluir con lo señalado, es que “los hechos fueron debida y soberanamente establecidos en su totalidad siendo, por tanto, innecesario la nulidad total del fallo”. Ahora bien, si las infracciones acogidas por la Sala no afectan el dispositivo que se mantendría, no tiene sentido que se determinen porque estaríamos en presencia de una reposición inútil. Si por el contrario, el vicio es determinante en el dispositivo de la decisión recurrida, debería anularse toda la sentencia.

Estimamos que en cuanto a las razones o motivos referidos a la casación por infracción de ley, y por cuanto no ha sido alterado el artículo 313 del CPC, se mantienen los mismos supuestos, a saber:

Error de interpretación en cuanto al contenido y alcance de una norma jurídica.

La aplicación de una norma jurídica que no esté vigente.

Negarle aplicación y vigencia a una norma que sí lo esté.

Aplicación falsa de una disposición legal.

Violación de una máxima de experiencia.

En cuanto a la casación sobre los hechos, relativos al falso supuesto, tendríamos que podría recurrirse por los motivos siguientes:

Atribuir a actas o instrumentos del expediente menciones que no contiene.

Dar por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos.

Dar por demostrado un hecho con pruebas cuya inexactitud resulta de actas o instrumentos del expediente mismo.

Infracción de una norma jurídica expresa que regule el establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas.

Desviación ideológica intelectual en el análisis de las cláusulas del contrato.

Violaciones de ley relacionadas con el control de las pruebas no contempladas expresamente en la ley o prueba libre.

Silencio de pruebas.

En estos casos la Sala de Casación Civil debería proceder a anular íntegramente el fallo recurrido, habida cuenta de que dichas infracciones necesariamente van a tener una influencia decisiva en el dispositivo de la decisión impugnada, por lo que la Sala adquirirá plena jurisdicción para dictar la sentencia de mérito que ponga fin al litigio, para lo cual deberá analizar y apreciar las pruebas cursantes a los autos.

6. CONCLUSIONES

De acuerdo con las sentencias de referencia, tenemos los cambios siguientes:

Quedaron reformados los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil.

Quedó anulado el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil.
Quedó en desuso el artículo 210 del citado Código.

Los motivos para impugnar una sentencia, por infracciones en materia probatoria, se mantienen.

La Sala de Casación Civil podría anular total o parcialmente los fallos. En el primer caso adquiriría plena jurisdicción para dictar una nueva sentencia de mérito, por lo que necesariamente debe examinar las pruebas cursantes en autos.

Nada se indicada para el supuesto de que la Sala de Casación Civil incumpla con el mandato establecido en los fallos de referencia, en el sentido de omitir la revisión de las sentencias que sean sometidas a su conocimiento, a fin de detectar los defectos de forma o fondo que puedan afectar el fallo recurrido, aunque no haya sido denunciado por el recurrente.

No se puede determinar si la Sala de Casación Civil cuenta con los recursos para poder hacer las revisiones ordenadas por las Sentencias comentadas.

LA ELIMINACIÓN DEL REENVÍO, LA SUPOSICIÓN FALSA Y EL CONTROL EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA NUEVA CASACIÓN. DR. RAMÓN ESCOVAR LEÓN*, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN.

SUMARIO

Introducción. I. La sentencia N° 510 de la Sala de Casación Civil. II. La sentencia N° 362 de la Sala Constitucional. III. El origen de la casación sin reenvío venezolana. 1. La casación sin reenvío en Francia. 2 Examen del artículo 627 del Código de Procedimiento civil francés. 2.1. Primer supuesto sin reenvío. 2.2. Segundo supuesto de casación sin reenvío. 3. La casación de instancia y la casación sin reenvío. IV. En la casación de instancia no hay casación múltiple. V. Consideraciones sobre el vicio de inmotivación en la nueva regulación. 1. Relación entre la motivación y el fondo de la controversia. 2. Casación parcial y casación total. VI. La casación de oficio. VII. Las técnicas de casación. VIII. El silencio de prueba. IX. Propuesta para la casación sobre los hechos. Conclusiones.

* Abogado *summa cum laude* UCAB (1974). Licenciado en Letras *magna cum laude* UCV (2016). Doctor en Derecho UCV (1990). Profesor Titular Universidad Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. Dedicó este trabajo al profesor Aníbal Rueda.

INTRODUCCIÓN

La casación de derecho es de inspiración francesa y tiene como consecuencia el reenvío. La casación de instancia es de estirpe española y habilita al tribunal de casación, si declara procedente una denuncia, a decidir el fondo de la controversia. La casación de derecho solo juzga sobre la interpretación y aplicación de la norma jurídica; la casación de instancia juzga sobre el derecho y sobre los hechos. La primera tiene como efecto el reenvío; en la segunda no hay reenvío.

En Francia la casación ha producido una jurisprudencia relevante en materia de derecho sustantivo. En Venezuela, al contrario, las líneas jurisprudenciales han estado dominadas por los aspectos formales y procesales, y se ha dado mucha importancia a las denominadas “técnicas” de casación.

El debate sobre lo procesal y el peso de los formalismos, ha permitido perpetuar, las más de las veces, inútilmente el juicio casacional debido a la multiplicidad recursos. Es lo que se llama la “casación múltiple”.

La casación francesa ha creado un cuerpo jurisprudencial sólido en materia de derecho sustantivo que luego se proyectó en la reforma del Código Civil de 2016. Las líneas jurisprudenciales, junto a la doctrina, permitieron desarrollar conceptos sobre teoría de la imprevisión, teoría de la causa, interpretación de los contratos, contratos de adhesión y cláusulas abusivas, materias que se convirtieron en normas jurídicas por medio de la reforma legislativa recogida en la ordenanza N° 2016-131 del 10 de febrero de 2016, que reformó el legendario Código Napoleón.

La eliminación del reenvío ha sido una necesidad deseada en la casación civil. Es lo que ha hecho la sentencia número 510 del 28.7.2017 de la Sala de Casación Civil (SCC), ratificada con la sentencia número 362 del 11.5.2018 de la Sala Constitucional (SC). Es a estas dos decisiones a las que me voy a referir en este trabajo.

La Sala Constitucional se ha atribuido facultades legislativas al amparo de la inconstitucional y dictatorial “jurisprudencia normativa”, creada desde los primeros años de vida de la revolución bolivariana, por los magistrados de la época, para iniciar el recorrido judicial que nos ha traído a esta situación. La misión de la SC es interpretar las normas y principios constitucionales, pero no puede legislar, y mucho menos legislar mal, como lo hizo con la sentencia 362, que declaró la nulidad parcial de tres normas y anuló el artículo 323 del CPC, como si fuese el legislador.

El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en sus distintas salas puede desarrollar líneas jurisprudenciales que sirvan de apoyo al avance del derecho, pero no puede legislar porque eso compete a la Asamblea Nacional. Al hacerlo, invade sus competencias y hace lucir su garra totalitaria, al no respetar el principio de separación de poderes.

Este conflicto generado por la sentencia 362 de la Sala Constitucional es sobre lo que voy a reflexionar en este trabajo. Para hacerlo voy a referirme, en primer lugar, a las sentencias 510/2017 de la Sala de Casación Civil y 362/2018 de la Sala Constitucional. En segundo lugar, expongo el origen de la casación sin reenvío y su diferencia con la casación de instancia, para lo cual examinaré el artículo 627 del Código de Procedimiento Civil en sus dos supuestos. En tercer lugar, expongo las razones por las cuales en la casación de instancia no hay casación múltiple. En cuarto lugar, trato el vicio de inmotivación en la nueva regulación y la relación con el fondo de la controversia. A partir de la noción de motivación presento mi punto de vista sobre la casación total y parcial. En quinto lugar, consigno mis críticas a las “técnicas” de casación, para, en sexto lugar ofrecer una manera distinta de ver el silencio de prueba. En séptimo lugar, presento mi propuesta sobre la manera de reconducir la suposición falsa. Y en último lugar consigno una ristra de conclusiones.

LA SENTENCIA N° 510 DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL

La sentencia 510 SCC elimina el reenvío, salvo en los casos del quebrantamiento de las formas procesales que produzcan indefensión. Asimismo, se establece la casación de instancia y, en este sentido, sigue

el modelo de la casación laboral establecido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo del año 2002.

Es conveniente advertir, que la Sentencia 510 SC no eliminó el sistema de casación sobre los hechos en sus distintas modalidades, tal como se evidencia de su motivación.

El reenvío inútil, así como la posibilidad de proponer sucesivos recursos de casación en un mismo asunto como lo permite la casación múltiple, solo perpetúan la causa y afectan el principio de economía procesal. De lo que se trata es unificar la interpretación del Derecho en un proceso sin formalismos innecesarios.

Las decisiones 510 SCC y la 362 SC plantean el tema de los límites de la interpretación constitucional en una sociedad democrática. Es una discusión inagotable que enfrenta dos criterios: quienes entienden que las reformas legales solo pueden ser hechas por el legislador; y quienes creen en la labor creadora de la jurisprudencia. Esta última no puede extenderse a las facultades legislativas de los jueces, como lo ha hecho la sentencia 362 de la SC.

En el caso que nos ocupa, creo que deben distinguirse la eliminación del reenvío de la manera como fue hecha por la Sala Civil de lo que hizo la Sala Constitucional. La primera interpretó el recurso de casación a la luz de la Constitución, atendiendo el principio de economía procesal; y la segunda fue más allá al declarar la nulidad de varias disposiciones del Código de Procedimiento Civil y sustituirlas por otras normas elaboradas por la Sala Constitucional, invadiendo las competencias de la Asamblea Nacional.

Es conveniente destacar lo señalado por el voto concurrente¹ de la sentencia 510 SCC que expone este asunto del límite de la jurisprudencia, al señalar que la SCC no podía declarar la nulidad de los artículos

¹ Así lo expone el voto concurrente: “En este contexto, considero que antes de recurrir a declaratorias de nulidad del supra indicado articulado del Código de Procedimiento Civil, las cuales desbordan la facultad de desaplicación por control difuso que tiene esta Sala de Casación Civil, se debió mediante la interpretación darle a las normas inteligencia útil, justa y lógica, adaptándolas a la realidad constitucional y dejar de aplicar aquellas cuyo uso resulte un menoscabo de la integridad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que los esfuerzos de esta Sala han de estar dirigidos a crear los fundamentos de una futura actualización normativa, ofreciendo interpretaciones que sean compatibles con el Texto Fundamental, siendo la desaplicación la última opción”.

320, 322 y 522 del CPC, porque el control difuso no contempla esa facultad. Lo que debía haberse hecho, como lo hizo la jurisprudencia francesa con la interpretación de conceptos jurídicos que cristalizaron con la reforma del Código Civil, es interpretar las normas y darle un sentido de utilidad en armonía con la Constitución.

La SCC no podía declarar la nulidad de ningún artículo sino interpretarlos para definir un cuerpo de jurisprudencia que permitiera acumular experiencia para la reforma legislativa. Esta reforma es competencia de la Asamblea Nacional, pero por razones políticas se escogió el camino equivocado. Mucho menos podía la SC acometer la tarea de redactar unos artículos y darles valor como si fuese el Poder Legislativo. En este aspecto, la SC excedió los límites que la Constitución y la democracia le imponen.

LA SENTENCIA N° 362 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

La decisión 362 de la SC, luego de la declaratoria de nulidad parcial, reescribió los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil (CPC) con una gramática enrevesada, contradictoria y que confunde conceptos incompatibles como la casación sin reenvío y la casación de instancia. Hay un uso abusivo del argumento de autoridad que impide la reflexión original, que es lo que interesa a los justiciables. El aporte de la sentencia de la SCC fue pronto aniquilado por la SC con su decisión.

Es conveniente advertir que la sentencia 362 SC declaró la nulidad parcial del artículo 320 del CPC que es el que regula la casación sobre los hechos y de inmediato presenta un nuevo artículo, redactándolo de manera confusa y sin regular la mencionada casación sobre los hechos. En este aspecto, contradice la sentencia 510 de la SCC, la cual no eliminó la mencionada casación sobre los hechos.

Al mismo tiempo, la sentencia la sentencia 362 de la SC al redactar inconstitucionalmente el artículo 322 del CPC, confunde la casación de instancia con la casación sin reenvío, que son dos modalidades de casación diferentes.

La Sala Constitucional, por una parte, declaró la nulidad total del artículo 323 del CPC; y por la otra declaró la nulidad (se entiende que

parcial, aunque no lo dice) de los artículos 320, 322 y 522 sino que los reescribió y con ello asumió las facultades del legislador.

Esta decisión utiliza una metodología repudiada por la buena metodología jurídica. En efecto, con la herramienta “copiar y pegar” reproduce literalmente la sentencia número 510 de la Sala de Casación Civil sometida a consulta. Esto ocupa 22 páginas, para de inmediato copiar el voto concurrente de la magistrada Marisela Godoy, lo cual requirió de casi 4 páginas. Luego reproduce su formato de todas sus decisiones y examina su competencia para a continuación plasmar la “motivación”. Se trata de sentencias que siguen un molde burocrático, y así sacrifican la reflexión jurídica.

Esta motivación está asimismo cargada de interminables citas y las presenta dentro del texto con letra itálica; incluso resalta párrafos en mayúsculas y negritas al mismo tiempo, para cambiar de estilo e incorporar otras citas en recuadro, es decir, citas en letra itálica y otras en recuadro, lo que crea dificultad en el lector.

Posteriormente, la Sala Constitucional hace explicaciones sobre lo que es el control difuso y señala lugares comunes, como, por ejemplo, cuando afirma que en nuestro sistema constitucional es esa Sala la única que puede ejercer el control concentrado de la constitucionalidad. Todo esto es innecesario y son consideraciones que nada tienen que hacer con la materia a decidir.

Más adelante copia textualmente los artículos 320, 322, 323 y 522 del Código de Procedimiento Civil, hace una explicación exegética de dichos artículos. Luego se refiere a una sentencia de la misma Sala (N° 1235 del 14.8.12) para destacar que el recurso de casación debe ser un instrumento útil a la justicia, lo cual no pasa de ser un lugar común. Así llega a la nueva redacción de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, pensando que están facultados constitucionalmente para redactar normas jurídicas. La invasión de las facultades de la Asamblea Nacional es palmaria en este aspecto.

El artículo 320 redactado por la SC establece la casación de instancia como una facultad y no como una obligación, al decir que la Sala “se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, pudiendo extenderse al fondo de la controversia”. Es decir, no lo hace de manera tajante sino lo deja como una facultad, lo que atenta contra la esencia de la casación

de instancia. Esto se debe a la confusa redacción del artículo “rescrito”² y a las contradicciones entre el dispositivo y la motiva de la decisión número 510.

También el artículo 322 del CPC de la SC es defectuoso al confundir la casación de instancia con la casación sin reenvío. La sentencia trata la casación de instancia como casación sin reenvío, pese a que son dos figuras distintas. En vista de esto, me voy a referir brevemente a la casación sin reenvío a los fines de aclarar lo que pretendo demostrar.

EL ORIGEN DE LA CASACIÓN SIN REENVÍO VENEZOLANA³

La casación sin reenvío venezolana⁴ tiene su antecedente directo en el artículo 627 del Código de Procedimiento Civil francés⁵, incorporado a dicho Código según la ley N° 79-9 del 3 de enero de 1979, y reformado por decreto n° 2012-66 del 20 de enero de 2012⁶. En este trabajo me voy a referir al texto del Código de 1979 que es el que sirve de fundamento a nuestro sistema de casación sin reenvío.

Según esta norma del mencionado artículo 627 la Corte de Casación puede casar sin reenvío cuando (i) su decisión no deja nada por juzgar; (ii) cuando a los hechos soberanamente establecidos por los jueces del fondo, le permiten aplicar la apropiada regla de derecho. En

² La redacción aparte *in fine* es la siguiente: “La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia podrá casar el fallo sin reenvío y ponerle fin al juicio. En este caso, hará pronunciamiento expreso sobre las costas, de acuerdo con las disposiciones del Título VI, Libro Primero de este Código. El fallo dictado se remitirá directamente al Tribunal al cual corresponda la ejecución, junto con el expediente respectivo”.

³ Esta sección está tomada con cambios y añadidos de mi libro *La Casación sin reenvío*. Caracas, Edit. Vadell hermanos editores, 1988.

⁴ Para un estudio sobre la casación sin reenvío por la doctrina venezolana véase: MARQUEZ AÑEZ, *El Nuevo Código de Procedimiento Civil...*, pp. 81-92; *Poderes y Funciones...*, pp. 86-102.

⁵ Dicho artículo 627 del CPC francés postula lo siguiente: “La Corte de Casación puede casar sin reenvío cuando la casación no implique que sea de nuevo estatuido sobre el fondo. Ella puede, también, al casar sin reenvío, poner fin al litigio cuando los hechos que han sido soberanamente constatados y apreciados por los jueces de fondo, le permiten aplicar la apropiada regla de derecho. En estos casos, ella se pronuncia sobre las costas atinentes a la instancia. La decisión conlleva ejecución forzada”.

⁶ La reforma está contenida en el artículo L411-3 del Código de la Organización Judicial al que me voy a referir más adelante en el texto.

ninguno de estos casos, puede la Corte de Casación modificar la cuestión de hecho. Y en este fundamental rasgo se diferencia de la casación de instancia.

Por su parte, el artículo 322 del CPC⁷ venezolano señala los dos motivos regulados por la norma francesa. La SCC puede casar sin reenvío si su decisión no deja nada por juzgar, como ocurre con una declaratoria de caducidad. También cuando a los hechos que han sido establecidos por los jueces del mérito se les puede aplicar la apropiada regla de derecho:

La casación sin reenvío fue traída, entonces, directamente de la moderna institución francesa, por lo que es obligatorio hacer referencia a la evolución que tuvo en Francia, así como a la doctrina y a la jurisprudencia de aquel país.

CASACIÓN SIN REENVÍO EN FRANCIA

El embrión de la casación sin reenvío francesa se encuentra en un fallo de la Cámara Criminal⁸. En este sentido, el autor francés Ernest Faye sostiene que “hay casos en los cuales la Cámara Criminal puede casar sin reenvío; esta excepción no existe para la Cámara Civil”...⁹

Es en la Cámara de Casación Criminal donde se inicia el desarrollo jurisprudencial de esta institución. Esto se explica por la búsqueda de la celeridad procesal en materias que atañen a la libertad de los detenidos. En este sentido, si la Cámara ha declarado que los hechos que se

⁷ Señala la norma lo siguiente: “La Corte Suprema de Justicia podrá casar un fallo sin reenvío, cuando su decisión sobre el recurso haga innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el fondo. Podrá también la Corte Suprema de Justicia prescindir del reenvío, y poner término al litigio, cada vez que los hechos que han sido soberanamente establecidos y apreciados por los jueces del fondo, le permitan aplicar la apropiada regla de derecho. En estos casos, la Corte Suprema de Justicia hará pronunciamiento expreso sobre las costas del juicio, de acuerdo con las disposiciones del Título VI, Libro Primero de este Código. El fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia que no requiriese decisión de reenvío, se remitirá directamente al Tribunal al cual corresponda la ejecución, junto con el expediente respectivo”.

⁸ FAYE, Ernest: *La Cour de Cassation*. París, Librairie Marescq Aine, 1903, núm. 232, p. 265. Cfr. igualmente GARSONNET, E.: *Traité Théorique et Pratique de Procedure*. Paris Libraire de la Société du Recueil Général des Lois & Des Arrêts, segunda edición, 1902, T. VI, núm. 2427, p. 564.

⁹ *Ibid.*

le imputan al reo no revisten carácter penal, ¿para qué someter al reo a un juicio de reenvío, con todo lo que esto entraña en tiempo y espera? La supresión del reenvío se justifica por la preocupación evidente de acelerar la solución del proceso¹⁰. Encontramos, de esta manera, una serie de casos en que el fallo casacional *por no dejar nada por juzgar*, hace inútil un nuevo debate sobre los hechos¹¹ y, por tanto, se prescinde del reenvío, acelerando ciertamente la solución definitiva de la controversia.

Igualmente, será inútil el reenvío en supuestos de prescripción¹², cosa juzgada¹³ y en otros casos semejantes que han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Cámara de Casación Criminal¹⁴.

El desarrollo experimentado por dicha Cámara comienza a influir en las Cámaras Civiles y es así como la posibilidad de casar sin reenvío se prevé, para el campo civil, en el artículo 16 de la ley N° 67-253 del 3 de julio de 1967 relativa a la Corte de Casación¹⁵.

EXAMEN DEL ARTÍCULO 627 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL FRANCÉS.

Como puede apreciarse de lo antes señalado, el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil venezolano tiene su antecedente inmediato y directo en el artículo 627 del Código francés, el cual, a su vez, es la culminación de una evolución jurisprudencial y doctrinaria vivida en aquel país. Por tal razón, se impone examinar los comentarios hechos por la doctrina francesa en torno a esta novísima institución casacional. Para ello, vamos a dividir el artículo 627 del Código de Procedimiento Civil francés (artículo 322, tercer aparte del

¹⁰ BORE, Jacques: *La Casación en Matière Pénale*. París, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1985, núm. 1067, p. 328.

¹¹ Sentencia del 10 de marzo de 1953 cit. en *ibid.*, núm. 1072, p. 330.

¹² Sentencias del 10 de setiembre de 1846; 3 de abril de 1930; 10 de febrero de 1953; 23 de enero y 31 de octubre de 1963; 5 de mayo de 1964; 5 de abril de 1965 y 14 de noviembre de 1972, en *ibid.*, núm. 1073, p. 330.

¹³ Sentencias del 21 de noviembre de 1889, 8 de julio de 1915; 3 de noviembre de 1923; 25 de marzo de 1947; 7 de agosto de 1951 y 28 de octubre de 1975, en *Ibid.*

¹⁴ Véase *Ibid.*, núms. 1074 a 1095, pp. 331-338.

¹⁵ Véase, PRIEUR, Evelyne: *La Substitution de Motifs par la Cour de Cassation*. París, Económica, 1986, núm. 2, p. 2.

Código de Procedimiento Civil Venezolano) en sus dos supuestos: (1) cuando la decisión de la Sala de Casación no deja nada por juzgar; y (2) cuando a los hechos constatados y apreciados soberanamente por los jueces de fondo, le permitan aplicar la apropiada regla de derecho.

PRIMER SUPUESTO DE CASACIÓN SIN REENVÍO:

Cuando la decisión de la Corte de Casación haga innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el fondo.

Estos son los casos en los cuales la decisión de la Corte no deja por juzgar, tal como lo sostiene la doctrina francesa¹⁶. Estos supuestos fueron desarrollados básicamente por la Cámara Criminal francesa, como señalamos antes.

Los ejemplos clásicos de este primer supuesto son los siguientes:

Cuando la solución legal se aplica de pleno derecho, como sería el caso de una decisión que adopta un sistema de indexación incompatible con un texto legal, así, por ejemplo, cuando la revalorización es aplicable de pleno derecho¹⁷.

Cuando se declara que existe cosa juzgada, por cuanto una decisión de esta naturaleza no dejaría nada por juzgar. Este supuesto ha tenido amplio desarrollo en la jurisprudencia de la Cámara Criminal¹⁸; y también ha sido aplicado por la Casación civil¹⁹.

Cuando la casación es en *interés de la ley*, o cuando es por exceso de poder, no hay necesidad del reenvío. Aunque debe señalarse que la sentencia que se casa en interés de la ley conserva sus efectos entre las partes. La sentencia casada por exceso de poder, por el contrario, produce efectos *erga omnes*²⁰. Cabe notar, sin embargo, que estos ejemplos no son trasladables a nuestro sistema. Incluso, la casación en interés de la ley fue eliminada y se transformó en el poder contenido en el antepenúltimo aparte del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil que

¹⁶ BORE, Jacques: *La Cassation en Matière Civile*. París, Dalloz, 1997, núm. 3265, p. 821.

¹⁷ *Ibid.*, núm. 3268, p. 822. El ejemplo citado en el texto se refiere a un caso de aplicación de un sistema de indexación incompatible con el fijado por el artículo 455 del Código de Seguridad Social francés.

¹⁸ *Ibid.*, núm. 3271, p. 822.

¹⁹ *Ibid.* Véase igualmente núm 3272, p.822.

²⁰ VINCENT Y GUINCHARD, ob. cit., núm. 1084, pp. 957 y 958.

permite casar el fallo sobre la base de las infracciones de orden público y constitucionales, aunque no hubieren sido denunciadas²¹.

Cuando la acción esté prescrita, o cuando el actor no tenga capacidad de obrar²².

En la doctrina nacional, el profesor Leopoldo Márquez Añez expone una ristra de ejemplos²³ del primer supuesto de Casación sin reenvío:

a) Cuando el fallo de casación “Ordena tomar en cuenta la prescripción del crédito reclamado”;

b) Cuando casación anula el fallo recurrido por haberse fundado en una causal no prevista en la Ley Venezolana²⁴;

c) Cuando la sentencia de casación declara que hay cosa juzgada;

d) Cuando se casa el fallo recurrido, porque su dispositivo se refiere “a un objeto ilícito, o imposible, o contrario al orden público o a las buenas costumbres”;

e) Si la sentencia de casación declara la caducidad;

) Cuando en los términos del fallo recurrido se desprende la falta de cualidad e interés en uno cualquiera de los litigantes;

g) Si el fallo de casación declara la no reparabilidad del daño moral en materia contractual, no habrá necesidad de reenvío, por cuanto dicha decisión no dejaría nada por juzgar²⁵.

Este primer supuesto de casación sin reenvío no ofrece mayores problemas en la doctrina y la jurisprudencia francesa²⁶. Donde hay más discusión y dificultades es en el segundo supuesto; y por eso se andar con prudencia.

²¹ Véase MARQUEZ AÑEZ: *El Nuevo Código de Procedimiento Civil...*, pp. 65-72 ; *Poderes y Funciones...*, pp. 65-75.

²² BORE, *La Cassation en Matière Civile ...*, núm. 3273, p. 823.

²³ MARQUEZ AÑEZ, *El Nuevo Código de Procedimiento Civil ...*, pp. 90 y 91; *Poderes y Funciones ...*, pp. 98 y 99.

²⁴ Este ejemplo no tendrá ningún futuro en nuestro sistema, habida cuenta de la posibilidad que tiene el Juez de inadmitir la demanda (art. 341 CPC) cuando la misma sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley. Lógicamente, una demanda de divorcio fundada en una causal no prevista en la ley atenta contra el orden público.

²⁵ Véase sentencia de fecha 25 de junio de 1981, en *Gaceta Forense*, Tercera Etapa, N° 112, Vol. II, pp. 1758-1775.

²⁶ Cfr: BORE, *La Cassation en Matière Civile ...*, núm. 3265-3273, pp. 821-823; PERDRIAU, André: “*Aspects actuels de la cassation sans renvoi*”. En: *La Semaine Juridique*. París, Editions Techniques, 6 de marzo de 1985, N° 10, ss, núm. 14-18.

SEGUNDO SUPUESTO DE CASACIÓN SIN REENVÍO

Cuando permitan al Tribunal Supremo de Justicia aplicar la apropiada regla de derecho a los hechos soberanamente establecidos y apreciados por los jueces de fondo.

Este segundo supuesto de la casación sin reenvío fue criticado por el casacionista francés Jacques Bore²⁷, por permitir al juez rectificar los errores de derecho sin posibilidad de rectificar los errores de hecho. Esto colocaría a las partes en desigualdad, ya que una de ellas se beneficiaría de un nuevo juzgamiento del derecho sin que la otra pueda invocar nuevos hechos, nuevas pruebas, ni la apreciación de esos hechos²⁸. Por tal razón Bore pedía una aplicación prudente de esta facultad.

En relación con la aplicación del segundo supuesto del artículo 627 del CPC francés, Boré criticaba los ejemplos invocados por Charretier en la Asamblea Nacional para justificar esta posibilidad de casar sin reenvío. Los ejemplos dados por Charretier son los siguientes:

2.1. Como consecuencia de un accidente de caballos en un centro de doma, el Tribunal Superior (*Cour d'appel*) confirma la responsabilidad delictual del propietario, evalúa el perjuicio contra la víctima en 20.000 francos y condena al propietario a pagar dicha cantidad a la misma. La Corte de Casación estima que el Tribunal Superior estableció erradamente la *responsabilidad delictual*, pero, sobre la base de los elementos de hecho constatados por el Superior, admite la *responsabilidad contractual* y ratifica el pago de los 20.000 francos a favor de la víctima. No hay necesidad del reenvío, por cuanto el propietario del centro de doma debe, de todas maneras, cancelar los 20.000 francos a la víctima²⁹.

2.2. El segundo ejemplo trata sobre la existencia de un crédito. El Tribunal Superior constata la existencia del crédito, establece que el mismo es de X francos y condena al deudor a pagarlo con los intereses legales. La Corte de Casación estima que el Superior ha debido aplicar

²⁷ BORE, *La Cassation en Matière Civile* ..., núm. 3276, p. 823.

²⁸ *Ibid.* Véase igualmente, MARQUEZ AÑEZ, *El Nuevo Código de Procedimiento Civil* ..., pp. 91 y 92; *Poderes y Funciones*..., p. 100.

²⁹ BRANLARD, *Ob. Cit.* p. 196.

a la deuda una tasa de interés convencional más elevada (la tasa prevista por las partes). En este caso no hay necesidad de reenvío³⁰.

2.3. El tercer ejemplo consiste en que el Tribunal Superior condena a dos personas a pagar una cantidad dineraria en forma solidaria (donde el monto no fue rechazado). La Corte de Casación estima que en el caso concreto no hay solidaridad y que una de las dos personas no está obligada al pago de la deuda. Aquí no hay necesidad de reenvío³¹.

Estos ejemplos han sido calificados como poco convincentes por Bore³². Así, el segundo ejemplo, es decir, la sustitución de un interés legal por un interés convencional, puede –según la crítica de Bore– obligar eventualmente a sacar del contrato elementos de hecho extraños al fallo atacado³³. Sin embargo, como veremos, posteriormente la jurisprudencia francesa desarrolló este segundo supuesto de casación sin reenvío.

En varias sentencias dictadas con posterioridad a la publicación de los comentarios de Bore, la Casación francesa ha hecho uso de las dos facultades del artículo 627 del Código de Procedimiento Civil³⁴.

La aplicación del primer supuesto de casación sin reenvío había sido desarrollada (se insiste) por la Cámara Criminal, y no ofrecía dudas a la doctrina francesa. El segundo supuesto, fue el que más críticas mereció. Pero también ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial. Hay numerosos ejemplos, veamos uno:

El Tribunal Superior ha condenado al comprador de un inmueble a pagar una comisión a un corredor inmobiliario, aunque no había mandato escrito entre el comprador y el corredor. En efecto, la ausencia de mandato escrito, soberanamente constatada por los jueces de fondo, permite a la Corte de Casación aplicar la apropiada regla de derecho,

La reforma de esta norma contenida en el antes mencionado decreto n° 2012-66 del 20 de enero de 2012 señala que la Corte de Casación puede casar sin reenvío en los casos previstos en el artículo L. 411-3 del código de la organización judicial. Esta redacción mantiene la hi-

³⁰ *Ibid.*, pp. 196 y 197.

³¹ *Ibid.*, p. 197.

³² BORE, *La Cassation en Matière Civile*..., núm. 3276, p. 823

³³ *Ibid.*

³⁴ Véase PERDRIAU, ob. cit., núm. 14 a 39.

pótesis de la eliminación del reenvío cuando la decisión de casación no implique un nuevo pronunciamiento sobre el fondo; pero, y en relación con el segundo supuesto, autoriza la casación sin reenvío “cuando el interés de una buena administración de justicia lo justifique”. De esta manera se aumenta la facultad de casar sin reenvío, siempre dentro del sistema de casación de derecho.

En la doctrina nacional, el profesor Leopoldo Márquez Añez nos da el ejemplo siguiente sobre este segundo supuesto de casación sin reenvío: cuando la sentencia recurrida califica como venta lo que es un mandato, la Sala puede casar sin reenvío³⁵.

Sobre la base del ejemplo anterior, la Sala de Casación Civil podrá –en nuestra opinión- hacer uso del segundo supuesto del artículo 322 del Código de Procedimiento Civil y eliminar, en estos casos, la etapa inútil del reenvío. Es decir, frente a una calificación errada de un contrato, la Sala podrá, con base en los hechos soberanamente constatados, aplicar la regla de derecho correcta. Así, en una operación de compraventa de divisas, el Tribunal Superior declara que se trata de un contrato de permuta de divisas, y ordena dividir los gastos de la operación entre las dos partes; la Casación puede calificar el contrato como “compra – venta de divisas” y declarar que los gastos corren por cuenta del comprador y evitar así un reenvío innecesario.

De la misma manera, sería encuadrable dentro del segundo supuesto del artículo 322 del CPC aplicable por la jurisprudencia nacional el ejemplo de la casación francesa citado anteriormente; esto es, si el juez de alzada condena a pagar al propietario de un inmueble una comisión a un corredor inmobiliario sobre la base de un supuesto contrato entre ellos; y casación, ante los hechos constatados por los jueces de fondo, determina que no existía ningún contrato entre el propietario y el corredor, casa el fallo y prescinde del reenvío.

Lo anterior representa sucintamente la posibilidad de casar sin reenvío en el sistema recogido en el “derogado” o reescrito artículo 322 del CPC, el cual es distinto a la casación de instancia.

³⁵ MARQUEZ AÑEZ, *El Nuevo Código de Procedimiento Civil ...*, p. 92; *Poderes y Funciones ...*, p. 101.

LA CASACIÓN DE INSTANCIA Y LA CASACIÓN SIN REENVÍO

Conviene ahora señalar las diferencias entre la casación sin reenvío y la casación de instancia³⁶. En esta última, la Sala de Casación conoce de los hechos y del derecho; en la casación sin reenvío, en cambio, sólo se puede modificar la calificación jurídica a los hechos soberanamente constatados por los jueces de fondo.

Adicionalmente, en la casación de instancia el Tribunal de Casación entra a conocer de los hechos; mientras que en la casación sin reenvío no se tocan en absoluto los hechos, en ninguno de sus dos supuestos.

En la casación sin reenvío, una vez declarada con lugar una denuncia, se sentencia el fondo; en la casación sin reenvío, la posibilidad de sentenciar el fondo es siempre excepcional.

La casación de instancia tuvo una vida efímera en nuestro país. Primero en las Leyes del 7 de marzo de 19881 (artículo 15) y 18 de mayo de 1882 (artículo 16)³⁷. Luego adquirió rango constitucional en la Constitución de 1947 que la consagró en su artículo 220, ordinal 3^o³⁸, y de esa manera la casación de instancia tuvo rango constitucional.

³⁶ Sobre esta casación de instancia, Humberto Cuenca señalaba lo siguiente: “Esta fecunda innovación, si fuera recogida en la futura ley orgánica de la Corte, evitaría el juicio de reenvío que tantos retardos y demoras ocasiona a las partes. Indudablemente que hace más fatigosa la tarea de los jueces de la casación, pero redundante en evidente rapidez y economía procesal. Es la llamada casación de instancia, sistema español de excelentes resultados” (ob. cit., núm. 34, p. 94).

³⁷ El artículo de la Ley del 7 de marzo de 1881 indicaba lo siguiente: “Declarado con lugar el recurso, por ser la sentencia definitiva o interlocutoria contraria a la Ley expresa, la Corte decidirá en el mismo fallo sobre el punto discutido, y si la sentencia casada hubiere sido en juicio de invalidación y negado ésta, la Corte de Casación abrazará en su fallo el pleito o juicio principal, si a ello hubiere lugar”.

El artículo 16 de la Ley del 18 de mayo de 1882, por su parte, era el tenor siguiente: “Declarado con lugar el recurso, por ser la sentencia definitiva o interlocutoria contraria a la Ley expresa, la Corte decidirá en el mismo fallo corrigiendo la ilegalidad, y si la sentencia casada hubiere sido dada en juicio de invalidación y negado ésta, la Corte de Casación abrazará en su fallo el pleito o juicio principal si ello hubiere lugar”.

³⁸ Dicha norma rezaba:

“Conocer del recurso de casación y de los demás cuya decisión le atribuya la ley. Al declarar con lugar el recurso de casación por infracción de ley, la Corte decidirá sobre el fondo de la sentencia casada”.

Posteriormente, la casación de instancia fue establecida en el artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en cuya primera etapa de su aplicación rindió buenos frutos³⁹.

Estos son los antecedentes venezolanos de la casación de instancia. La casación sin reenvío tiene su antecedente, como ha quedado señalado, en el sistema francés, y hasta el Código de Procedimiento Civil de 1986 era desconocida en Venezuela.

En relación con la casación sin reenvío y con la casación de instancia cabe observar lo siguiente:

La casación de instancia tiene su origen en el sistema de casación español (sistema impuro). La casación sin reenvío es una evolución vivida dentro del sistema francés (casación pura);

La casación de instancia conoce de los hechos y del derecho, o sea, del fondo de la controversia. La casación sin reenvío conoce sólo del derecho;

La casación sin reenvío es facultativa. La casación de instancia no lo es;

En la casación de instancia no hay reenvío. En la novísima facultad consagrada en el artículo 322 del Código de Procedimiento Civil vigente, puede establecerse el siguiente principio: El reenvío es la regla; ausencia de reenvío es la excepción ⁴⁰.

EN LA CASACIÓN DE INSTANCIA NO HAY CASACIÓN MÚLTIPLE

La casación múltiple es aquella nefasta figura que permite que una misma causa pueda ir en sucesivas oportunidades al conocimiento del tribunal de casación. Desde luego que esta posibilidad repugna a un sistema regido por el principio de la tutela judicial efectiva, plasmado en los artículos 26 y 257 de la Constitución.

Este principio de la tutela judicial efectiva que predica la obtención de una sentencia fundada en derecho, en un plazo razonable, que sea

³⁹ De ello doy cuenta en mi libro *Reflexiones sobre el razonamiento jurídico en el sistema de casación venezolano (La casación civil vs la casación social)*. Caracas, Editorial Legis, 2012.

⁴⁰ Véase PICCA, Georges y COBERT, Liane: *La Cour de Cassation (Que sais-je?)*. París, Presses universitaires de France, 1986, p. 120.

ejecutable, obtenida sin formalismos inútiles y que sea dictada por un juez imparcial, independiente y autónomo (juez natural). A esto se debe agregar el derecho a un juicio oral y a un proceso sencillo. Ciertamente, que nada de esto es atendido por los defensores de la casación múltiple. Por esta razón, la casación múltiple repugna a la filosofía que respalda a los artículos 26 y 257 de la Constitución.

La decisión 510 de la SCC tiene el mérito de eliminar el reenvío y con ello elimina la casación múltiple. Asimismo, la casación de forma por el vicio de nulidad de la sentencia es fundamento de casación cuando el vicio tiene trascendencia sobre el fondo de la controversia. Esto evita la casación inútil que es producto de la declaratoria de vicios irrelevantes.

Cuando se trata de un error en la ordenación procesal que genera indefensión, hay reposición a la etapa en que el vicio sea corregido. Pero solo cuando afecta al derecho a la defensa. Los demás vicios, de ser declarados procedentes, habilitan a la Sala para decidir el fondo, como corresponde a la casación de instancia.

Es conveniente señalar que la SCC solo decide el fondo cuando declara con lugar el recurso de casación; y no en el caso contrario. Por eso, no es un tribunal de instancia sino un tribunal de casación que está facultado para juzgar sobre el fondo cuando encuentra un vicio con suficiente entidad para casar el fallo.

La sentencia de la SCC no eliminó la casación sobre los hechos, como podría pensarse por el dispositivo de la sentencia número 362 de la SC y por la “nueva” redacción del artículo 320 del CPC. En este sentido marcha la decisión de la SCC del 29.5.18 que regula la casación civil⁴¹.

CONSIDERACIONES SOBRE EL VICIO DE INMOTIVACIÓN EN LA NUEVA REGULACIÓN

Un sistema de casación de instancia requiere relacionar los vicios de forma de la sentencia con el fondo de la controversia. Solo hay casación cuando el vicio es trascendente sobre el dispositivo.

⁴¹ Esta decisión ratifica los criterios de la decisión 510 del 28.7.2017.

La motivación de la sentencia plantea la necesidad de distinguir el lindero que la separa de la inmotivación. En este sentido, hay que tener presente que de acuerdo con la tradicional posición de la casación venezolana la motivación escasa no vicia el fallo. Entonces, ¿cuál es el lindero que separa la motivación y la inmotivación? ¿Cuál es el límite que existe entre la motivación escasa y la falta absoluta de fundamentos?

Si el juez expone un argumento en el sentido de una cadena de juicios en donde uno es consecuencia del otro, o, simplemente construye un silogismo, entonces es posible sostener que en ambos casos no hay inmotivación, porque el razonamiento permite abordar los vicios de fondo. Pero, cuando en lugar de un motivo se expone una opinión que no permite controlar la labor de juzgar, sí hay inmotivación.

En esta materia, la jurisprudencia entiende que los motivos exigüos, precarios o escasos no vician el fallo de inmotivado; posición acertada desde un punto de vista conceptual. No obstante, el problema surge cuando se trata de establecer el límite entre el motivo escaso y la falta de motivación, porque al intentar hacerlo nos encontraríamos con las mismas interrogantes que surgen cuando se desea determinar la diferencia entre un hombre bajo y un hombre alto, es decir, ¿cuál es el límite?

En cuanto a la interrogante sobre el límite entre la motivación y la inmotivación, la respuesta es difícil de encontrar, al menos desde un punto de vista práctico. En efecto, la manera de saber si un fallo está motivado, independientemente del grado amplio o escaso de esa motivación, es conociendo cuál ha sido la aplicación del derecho al caso concreto, a partir del enunciado contenido en la premisa mayor del silogismo. En otras palabras: hay motivación cada vez que es posible conocer el criterio utilizado por el juez para abordar el fondo del asunto jurídico debatido. Esta afirmación encuentra apoyo en una decisión de la Sala de Casación Civil de fecha 20 de diciembre 2001⁴², que rechazó una denuncia por inmotivación, por cuanto el formalizante había combatido el supuesto pronunciamiento inmotivado con el recurso de fondo⁴³.

⁴² Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 20 de diciembre de 2001, N° 451, en el caso de *Foreign Credit Insurance Association contra Naviera Rassi* y otros.

⁴³ Así lo expone esta decisión: “En adición, observa la Sala que en la tercera denuncia de fondo el recurrente cuestiona la motivación dada por la recurrida para desechar el alegato relativo

Siendo así el asunto, si el recurrente es capaz de combatir el fondo del asunto, es porque el fallo ofrece los motivos suficientes para realizar esta tarea. Entonces, no hay inmotivación cuando se plantean denuncias sobre un aspecto combatido con denuncias de infracción de ley.

Lo anterior autoriza a sostener que cuando se habla de motivación escasa, se hace para calificar un asunto semántico de poca utilidad. Sin embargo, esto resulta intrascendente puesto que el hecho de que sea escasa o excesiva resultará irrelevante en la medida en que sea posible abordar el fondo. Por consiguiente, la distinción entre motivación escasa y falta de motivación, no tiene mayor sentido práctico si se aplica el método antes señalado.

Así las cosas, poca importancia tiene, desde el punto de vista de la sentencia, lo referente a la cantidad de los motivos. En efecto, la motivación no tiene porqué ser exhaustiva ni detallada, basta que sea concisa y precisa, para que se conozcan los argumentos y los enlaces lógicos que conducen a la conclusión. Esto es así porque la motivación no busca explicar procesos mentales, sino justificar adecuadamente la decisión desde un punto de vista lógico, jurídico y argumentativo.

Se puede concluir que, si el recurrente plantea denuncias de fondo, entonces las denuncias de forma deben desecharse si giran sobre el mismo aspecto combatido con las denuncias de errores de juzgamiento. De esta manera se atiende el mandato constitucional consagrado en el artículo 26 de la Constitución.

RELACIÓN ENTRE LA MOTIVACIÓN Y EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Para la doctrina latinoamericana, la motivación “constituye un elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión”⁴⁴ y se refiere, al fundamento o soporte intelectual del dispositivo que permite a las partes en particular, y a la sociedad en

a la remisión de la deuda, combatiendo, precisamente, el pronunciamiento del Juez Superior respecto a la ausencia de novación. Por consiguiente, mal podría la Sala anular el presente fallo por falta de motivos cuando hasta el propio formalizante ha utilizado su motivación para plantear denuncias por infracción de ley”.

⁴⁴ DE LA RÚA, Fernando: *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 146.

general, conocer el razonamiento seguido por el juez para llegar a su conclusión. De acuerdo con lo señalado, se puede afirmar que, en términos generales, motivar una decisión significa expresar sus razones.

En sentido similar al anotado, marcha la doctrina nacional y expresa que “la motivación es un conjunto metódico y organizado de razonamientos que comprende los alegatos de hecho y de derecho expuestos por las partes, su análisis a la luz de las pruebas y de los preceptos legales y el criterio del juez sobre el núcleo de la controversia”⁴⁵. Como se puede observar, en ambas definiciones de motivación está presente un elemento esencial: la labor intelectual del sentenciador y el método seguido para llegar al dispositivo.

En este orden de ideas, el Código de Procedimiento Civil dispone que la sentencia debe contener “los motivos de hecho y de derecho” (artículo 243, Ord. 4°); y ello significa que debe atender el requisito de la motivación, y así está previsto como motivo de la casación I en el ordinal 1° del artículo 313 del CPC. Asimismo, la motivación es un principio que integra el concepto del debido proceso⁴⁶.

El requisito de la motivación se relaciona con el concepto de la justificación externa de la sentencia, el cual se diferencia de la justificación interna que se refiere a la tarea de juzgar. Ahora bien, como quedó señalado, en la nueva casación debe relacionarse el defecto en la motivación con su trascendencia; por eso la justificación externa tiene una estrecha vecindad con la justificación interna, aunque, no llegan a solaparse.

Así definido el asunto, debe señalarse que cuando se trata de la justificación de una sentencia, cabe preguntar: ¿Qué quiere decir que el juez debe realizar la justificación externa e interna de su decisión? Esto significa que cuando se trata de la justificación de un caso sencillo o de

⁴⁵ CUENCA, Humberto: *Curso de Casación Civil*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, 1980, p.132.

⁴⁶ Es la misma formulación del CPC. En efecto, la actuación del juez está claramente reglamentada. El ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil Venezolano impone al sentenciador el deber de exponer en su fallo, las razones de hecho y de derecho que sirven de soporte al dispositivo. Una sentencia clara exige que las razones que le sirven de fundamento sean expresadas sin sobreentendidos, sin ambigüedad y sin vaguedad. Para alcanzar ese cometido, es necesario que el juez manifieste en su decisión, la labor intelectual que le sirvió de soporte a sus argumentos para cumplir con la justificación, externa e interna, de la decisión.

uno cuya solución está en la norma, el método del silogismo judicial es suficiente; pero cuando se trata de casos complejos, el mencionado método no lo es y debe ser complementado con la teoría de la argumentación y la ponderación.

Para la solución de los casos complejos, la distinción entre justificación externa e interna de la sentencia, juega un papel importante⁴⁷. La primera alude al mecanismo intelectual seguido por el juez para establecer las premisas del silogismo. En esta labor, el juez debe acudir al método deductivo y a la analogía. La justificación interna, en cambio, “es ajena a la corrección material del razonamiento, mientras que la justificación externa es dependiente de ella”⁴⁸. En esta faena es determinante que las premisas sean válidas, en atención a que podríamos estar ante razonamientos válidos, pero con conclusiones erradas; y conclusiones correctas que son consecuencia de proposiciones falsas. Para obviar este tipo de inconvenientes se apela al concepto de “razonamiento sólido” que se refiere a aquel razonamiento “cuyas premisas son todas verdaderas y, por consiguiente, su conclusión es necesariamente verdadera”⁴⁹.

La justificación de la sentencia, en sus manifestaciones externa e interna ha sido igualmente estudiada y expuesta por Alexi⁵⁰, quien advierte que la justificación interna ha sido conectada con el tema del silogismo judicial; y que la justificación externa consiste en “la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna”⁵¹.

Entonces, cuanto se trata de asuntos sencillos y el juez decide utilizar el silogismo, tiene que subsumir el hecho específico, real y concreto en el hecho abstracto legal. Cuando el juez no cumple con estos

⁴⁷ Véase WROBLEWSKI, Jerzy: «*Motivation de la Decision Judiciaire*». En: *Les Motivation de la Decision de Justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978, pp.119-130; y del mismo autor: *Constitución y teoría general de la interpretación Jurídica*. Madrid, Civitas, tr. Arantza Azurza, 1985, pp. 57-68. Véase igualmente, JÁÑEZ BARRIO, Tarcisio: *Lógica Jurídica. Hacia una argumentación jurídica*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, p.129.

⁴⁸ MENDONCA, Daniel: *Interpretación y aplicación del derecho*, Universidad de Almería, 1997, p. 56.

⁴⁹ MENDONCA: *Ob. cit.* p. 57.

⁵⁰ ALEXI, Robert, *Teoría de la Argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 214-240.

⁵¹ Ídem, p. 222.

principios, el fallo será inmotivado. Y si se trata de un asunto más complejo, en el cual utiliza la teoría de la argumentación, entonces la justificación externa alude a la cadena de argumentos utilizados en la fundamentación de la decisión y corresponde a la motivación. Mientras que la justificación interna se refiere a la bondad y calidad de los argumentos y su conexión con el tema a decidir⁵².

En relación con la motivación, el autor italiano Taruffo⁵³ la considera “un discurso”, entendido como un conjunto de proposiciones definidas dentro de un mismo contexto e identificables de manera autónoma. En este sentido señala que dichos conjuntos de proposiciones varían según el caso concreto. En efecto, se debe entender que la motivación estará viciada si la cadena argumentativa seguida por el juez contiene errores o impropiedades de orden lógico. Así, por ejemplo, si el dispositivo afirma A y la motivación afirma lo contrario de A⁵⁴.

Según lo señalado por Taruffo, el control sobre la motivación no es sólo sobre el silogismo, sino que distingue entre el control sobre la justificación del discurso, que constituye la motivación, y el control lógico del procedimiento decisorio⁵⁵. Del mismo modo, también sostiene que los argumentos utilizados por el juzgador deben constituir la base racional del dispositivo (*decisione*), es decir, la motivación debe exponer las razones por las cuales se establecen las premisas de la decisión sobre el mérito. El control de la motivación va más allá del silogismo y se extiende a los argumentos.

Las reflexiones anteriores son igualmente aplicables a los restantes requisitos de la sentencia. De esta manera, la indeterminación, incongruencia y contradicción constituyen fundamento de la casación cuando tienen trascendencia sobre el dispositivo.

En relación con la indeterminación, es posible que dichos vicios se corrijan con una solicitud de aclaratoria o ampliación. Por ejemplo, si la identificación de los linderos de un fundo es errada, es posible

⁵² Véase, ESCOVAR LEÓN, Ramón: *La Motivación de la Sentencia y su Relación con la Argumentación Jurídica*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 57, 2001, capítulo 1, p. 24.

⁵³ TARUFFO; Michelle: *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova, Cedam, 1975, p. 30.

⁵⁴ TARUFFO: *Ob. cit.*, p. 561.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 581.

corregirlo, aún de oficio por casación. Si la indeterminación es sobre un aspecto superfluo, como la falta de identificación de un lindero de un apartamento, y el mismo se puede conocer del cuerpo de la sentencia, entonces no habrá necesidad de casar el fallo, pues basta una aclaratoria o ampliación. No veo razones para negar la posibilidad de casación de corregir el vicio con una aclaratoria de oficio. Esto simplifica el trámite procesal y evita tardanzas innecesarias.

Además, en nuestro caso debe tenerse en cuenta el mandato constitucional que predica una justicia: “expedita, sin reposiciones indebidas” (artículo 26 de la Constitución) y que “no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (artículo 257 de la Constitución). Queda claro así, que no se puede privilegiar lo adjetivo sobre lo sustantivo, así como también debe suprimirse la manera burocrática con la cual, las más de las veces, se resuelven los asuntos judiciales.

CASACIÓN PARCIAL Y CASACIÓN TOTAL

No hay casación parcial, pese a que la SCC lo entiende de otra manera. Los ejemplos que expone la Sala se refieren a inmotivaciones en determinados aspectos de la sentencia recurrida.

Sin embargo, mi opinión es distinta y la fundamento en lo siguiente: el vicio de forma para que justifique la casación debe tener influencia sobre el dispositivo. Por ejemplo, si el dispositivo se sustenta en 2 razones, y el vicio de forma afecta solo una de ellas, ese vicio de forma jamás tendrá influencia en el dispositivo. Por eso, la casación será siempre total, como enseña la doctrina nacional⁵⁶.

CASACIÓN DE OFICIO

La SCC entiende que puede usar la facultad de casar de oficio si encuentras errores de juzgamiento que no han sido denunciados. No estoy de acuerdo con esa auto atribuida facultad por las razones que presento a continuación.

⁵⁶ DUQUE SÁNCHEZ: José Román: Manual de Casación Civil. Caracas, UCAB, 1984, p. 279 y ss.

Si la Sala encuentra un error de fondo no alegado y lo declara de oficio, está rompiendo el equilibrio procesal porque el afectado por esa casación no tuvo la oportunidad de defenderse ni presentar alegatos sobre ese supuesto vicio detectado por la Sala. Asimismo, uno de los principios rectores de nuestro proceso es el dispositivo. Los vicios por errores de juzgamiento no interesan al orden público porque son del interés privado.

Permitir la posibilidad de que la Sala case de oficio por violaciones de derecho sustantivo, es introducir un elemento dictatorial a nuestro sistema casacional.

La casación de oficio debe limitarse a los vicios de procedimiento que causen indefensión, como ha sido en nuestra tradición procesal.

LAS TÉCNICAS DE CASACIÓN

La decisión de la SCC del 29.5.18 consigna algunos párrafos para justificar las técnicas de casación. Critica las formalizaciones mal redactadas y a partir del artículo 317 del CPC exige el cumplimiento de una técnica que ha interpretado jurisprudencialmente.

Los requisitos del artículo 317 del CPC es una guía para el formalizante que señala requisitos obvios, como señalar la sentencia contra la cual se recurre, el motivo de casación de forma o fondo, en este último caso se debe señalar si la infracción denunciada es “por falsa aplicación o aplicación errónea”, y la especificación de las normas aplicables para resolver la controversia.

Es conveniente señalar que los requisitos del artículo 317 del CPC contradicen los tres motivos de casación de fondo a que se refiere el ordinal 2º del artículo 313 del mismo Código. Este último señala la errónea interpretación, la falsa aplicación y la falta de aplicación. Mientras que el artículo 317 mencionado indica la falsa aplicación y la “aplicación errónea”, lo cual evidencia que se trata de motivos de casación que hasta el mismo legislador alude de manera imprecisa.

Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de definir los tres motivos de casación de fondo: falta de aplicación, falsa aplicación y errónea interpretación. Para fundamentar la denuncia bastaría que se

explique el error y que del alegato se entienda cuál es el vicio que se le imputa a la recurrida. Sin embargo, la sentencia aludida sentencia de la SCC del 29.5.18 exige unas técnicas que no encuentran asidero en la norma jurídica. Así dice que cada vez que se alegue una infracción de ley se debe “explicar de forma clara y precisa cómo, cuándo y en qué sentido se produjo la infracción, la cual debe ser determinante de lo dispositivo del fallo”⁵⁷. Esto luce exagerado si se entiende que los formalismos están prohibidos por la Constitución (artículos 26 y 257).

Los motivos de casación de fondo regulados en el artículo 313, ordinal 2do, del CPC son la errónea interpretación, la falsa aplicación y la falta de aplicación.

La errónea interpretación se refiere a darle al supuesto abstracto de la norma un contenido y alcance que no tiene; la falsa de aplicación es un error en la subsunción del hecho concreto con el hecho abstracto; es un error en la premisa mayor del silogismo. La falta de aplicación se refiere a la no aplicación de una norma vigente o aplicar una que no lo esté. No se puede complicar la demostración de uno de estos vicios y convertirlo en materia para expertos o iniciados. Basta que el formalizante presente con argumentos el error cometido para que la Sala pueda decidirlo.

En adición a lo señalado, la Sala Constitucional, bajo ponencia de Pedro Rondón Haaz⁵⁸ en sentencia número 1163 declaró la inconstitucionalidad de las técnicas de casación.⁵⁹ Si bien la decisión se refiere

⁵⁷ La sentencia citada en el texto reitera exigencias técnicas así: “a) encuadrar la denuncia en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil; b) especificar qué normas jurídicas resultaron infringidas y cuál de las hipótesis previstas en el mentado ordinal 2º del artículo 313, es la que se pretende denunciar por errónea interpretación, falsa aplicación, falta de aplicación o violación de una máxima de experiencia; c) expresar las razones que demuestren la existencia de la infracción, esto es, explicar de forma clara y precisa cómo, cuándo y en qué sentido se produjo la infracción, la cual debe ser determinante de lo dispositivo del fallo, de conformidad con lo previsto en el único aparte del artículo 313 *eiusdem*; y d) especificar las normas jurídicas que el tribunal de última instancia debió aplicar y no aplicó para resolver la controversia, e indicar las razones que demuestren la aplicabilidad de dichas normas”.

⁵⁸ Reconozco a Pedro Rondón Haaz como un jurista que ejerció la magistratura judicial con probidad e independencia.

⁵⁹ Lo declaró de la manera siguiente: “Conforme a la doctrina que fue citada *supra* y que hoy se reitera, esta Sala Constitucional considera que la exigencia del cumplimiento de una “técnica” para la formalización del recurso de casación social como carga procesal que se

a las técnicas de casación social, su doctrina es aplicable también a los demás sistemas de casación: la civil y la penal.

EL SILENCIO DE PRUEBA

Las doctrinas de las Salas de Casación Social y Civil abordan el tema del silencio de prueba de manera distinta. Para la primera el vicio es de forma; y para la segunda lo es de fondo. Aunque parezca que las posiciones están encontradas, sin embargo, para ambas Salas el vicio tiene que ser trascendente y así se evita la casación inútil y su efecto directo: la casación múltiple.

Pese a que la visión de la Sala de Casación Civil, al reconducir el vicio por la vía del recurso de fondo (sentencia n° 204 de 21.06.00), dio un paso en contra de la casación inútil, sin embargo, posteriormente, en la sentencia número 62 del 5 de abril de 2001, la Sala buscó una solución más compleja a este asunto y se inclinó a favor de formalismos casacionales⁶⁰. En esta última decisión, la Sala de Casación Civil resolvió el asunto diseñando una nueva “técnica” y consideró que la denuncia debe obedecer a una técnica de casación sobre los hechos. En verdad, la casación civil ha tenido una tendencia a recargar de “técnicas” la solución de los asuntos jurídicos.

La Sala Social, al contrario, resuelve el asunto de manera sencilla: el silencio de prueba es error de forma, como ha sido la posición tradicional, pero debe ser trascendente. En el caso de que se imponga la tesis que considere al silencio de prueba como defecto de actividad, debe articularse con el principio finalista *ex* artículo 26 de la Constitución. Solo hay casación cuando el vicio es trascendente sobre el dispositivo.

Para SCS, entonces, el vicio de silencio de pruebas es una modalidad de la inmotivación pero para que sirva de sustento a la casación del

impone al recurrente para el conocimiento del mismo por parte de la Sala de Casación Social obedece a una jurisprudencia formalista que está en conflicto con el espíritu y razón de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y que, por tanto, excede de los requerimientos básicos que disponen las normas que regulan la casación laboral”.

⁶⁰ En otro trabajo, me inclinaba por la solución que recogió la Sala Civil en su sentencia de fecha 21 de junio de 2000 (Véase, *Estudios de Casación Civil*. Caracas, TSJ, 2da Edición, 2003, capítulo IV, pp. 218-236).

fallo, el mismo debe ser determinante sobre la suerte de la controversia, lo cual se amolda al principio finalista en casación.

Esta relación entre el silencio de prueba⁶¹ y el principio finalista atiende a la relevancia de la probanza sobre el tema que se discute. Así, en el caso de una reivindicatoria en la cual el juez fundamenta su decisión en la valoración de una prueba documental, si el Juez no valora unos testigos, la conclusión a la que se arribe, luego de esta valoración, no puede ir contra la documental. Este ejemplo evidencia la importancia de obligar al recurrente a demostrar la trascendencia del vicio para que su denuncia pueda ser declarada procedente.

La motivación sobre la cuestión de hecho hace el fallo invulnerable⁶². Consecuencia de ello es que la casación se restringe cuando el Poder Judicial está integrado por jueces idóneos, que motivan adecuadamente sus fallos.

Además, siempre la determinación de la relevancia de la prueba sobre la suerte del proceso compete al recurrente en casación y, por lo tanto, es él quien debe demostrar la influencia de la prueba sobre el dispositivo, y no es asunto del juez de casación. Desde luego, el formalizante no podrá plantear su denuncia si no puede demostrar que la prueba en cuestión tiene influencia sobre el dispositivo. Por consiguiente, si pretende plantear como silenciada una prueba que sólo demuestra un hecho periférico, su denuncia jamás podrá prosperar y, en consecuencia, se suprimiría la tendencia de casar fallos por la omisión de valoración de pruebas irrelevantes⁶³.

⁶¹ Entendido el vicio como defecto de actividad (SCS) o como error de juzgamiento (SCC).

⁶² Véase, BORÉ, Jacques, *La Cassation en Matière Civile*. Paris, Dalloz, 1997, núm. 1893, p. 454.

⁶³ Esta posición fue la acogida por la SCC en sentencia número 204 de fecha 21 de junio de 2001. Luego, como se señaló en el texto, esta posición fue reconducida por la vía de la casación sobre los hechos, y ratificada y ampliada en sentencia de fecha 5 de abril de 2001 (N° 62) la cual señaló lo que se copia a continuación:

“Las precedentes consideraciones permiten concluir que el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, constituye una obligación para el jurisdicente necesaria para establecer su criterio valorativo de las pruebas incorporadas en el expediente con relación a los hechos. Esta es una de las modalidades previstas en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que permite a la Sala examinar las actas procesales y extenderse al establecimiento y apreciación de los hechos y de las pruebas. En consecuencia, la falta de valoración de algún medio probatorio comporta la infracción por falta de aplicación del artículo 509 del Código

El silencio de prueba debe ser considerado como un vicio en la motivación y no como un caso de casación sobre los hechos, como lo ha señalado la Sala de Casación Civil.

PROPUESTA PARA LA CASACIÓN SOBRE LOS HECHOS

Los casos de casación sobre los hechos regulados en el “reescrito” artículo 320 del CPC es una excepción a la regla de la casación de derecho, según la cual el juez de casación no tiene a los hechos como materia de su conocimiento, salvo en los excepcionales casos previstos en la norma citada.

La casación de instancia permite al juez, una vez declarada con lugar una denuncia, juzgar sobre el fondo. Siendo así, entonces los supuestos excepcionales a que se refiere el CPC pasan a estar comprendidos dentro de los casos de la casación sobre los hechos.

Pienso que los casos de casación sobre los hechos se deben reducir a la suposición falsa o falso supuesto, como pretendo demostrar más adelante.

El error en el establecimiento y valoración de los hechos, así como el establecimiento y valoración de las pruebas deben ser vistos como errores de juzgamiento a secas. No es necesario alegarlos como errores de hecho sino de derecho. En cambio, el falso supuesto, en sus cuatro modalidades, sí constituye supuesto de hechos en casación.

Ante todo una precisión terminológica en relación con el concepto de suposición falsa o falso supuesto⁶⁴. El Código de Procedimiento Civil de 1916 llamaba a este motivo de casación sobre los hechos, falso supuesto (artículo 435); el Código vigente lo llama suposición falsa. Pero, a nuestro parecer, es el mismo concepto, por lo que la doctrina del

de Procedimiento Civil, el cual contiene la obligación reseñada anteriormente, constituyendo su conducta uno de los motivos de excepción previstos en el artículo 320 *eiusdem*, estableciéndose una de las modalidades del error de juzgamiento contempladas en el ordinal 2º del artículo 313 del mismo Código”.

Esta última decisión conecta el tema del silencio de prueba con el tema de los hechos en casación, y exige “técnicas” que hacen complicado un asunto sencillo. Y la solución sencilla es lo que predica la Constitución en sus artículos 26 y 257.

⁶⁴ Este comentario está tomado de mi libro *La Casación sobre los hechos*. Caracas, Editorial Alva, 1990, pp. 73-75.

viejo Código de 1916 es aplicable al vigente⁶⁵. Se trata simplemente del mismo concepto y, por eso, la jurisprudencia ha repetido sus reglas de vieja data, con inclusión de la técnica de su denuncia⁶⁶.

Pese a lo señalado en el párrafo anterior, la mejor doctrina (Fuenmayor)⁶⁷ consignó su opinión en relación con la pretendida diferencia entre la suposición falsa y el falso supuesto, al señalar que (i) hay falso supuesto cuando el juez parte de una premisa falsa; y (ii) estamos ante la suposición falsa: cuando el juez inventa una premisa.

El profesor Fuenmayor lo expone así: “Cuando el juez incurre en “falso supuesto” parte de una premisa falsa, cuando el juez incurre en “suposición falsa” parte de una idea que ha forjado en su mente sin que haya habido error de apreciación de una situación fáctica existente⁶⁸. Luego añade: “Cuando yo doy por ocurrido un hecho sin haber una prueba que lo respalde estoy incurriendo en “falso supuesto”, cuando yo doy por ocurrido un hecho imaginándome que la prueba existe o que dicha prueba tiene unos determinados efectos que realmente no tiene, incurro en “suposición falsa”⁶⁹.

Pese a la autoridad del profesor Fuenmayor, debemos separarnos de su criterio, puesto que (i) partir de una premisa falsa (falso supuesto) o inventar la premisa produce los mismos efectos en el establecimiento de los hechos; (ii) una premisa falsa puede ser consecuencia de una invención, y (iii) el ejemplo que nos da como de falso supuesto (“Cuando doy por ocurrido un hecho sin haber una prueba que lo respalde”), es el segundo caso de suposición falsa previsto en el encabezamiento del artículo 320 del CPC, o sea, cuando el juez da “por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen de autos”. Este segundo caso de suposición falsa permite, por lo demás, la denuncia aislada del

⁶⁵ Casación ha tenido oportunidad de establecer la equivalencia entre la suposición falsa y el falso supuesto. Ver sentencia de fecha 30-9-87 en Pierre Tapia, agosto-septiembre 1987, p. 163.

⁶⁶ Vamos a referirnos indistintamente al falso supuesto o suposición falsa, porque en nuestra opinión se trata del mismo concepto.

⁶⁷ FUENMAYOR, José Andrés: *Recurso de Casación en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*. En: *Derecho Procesal Civil, XIV Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Barquisimeto*, Colegio de Abogados del Estado Lara, 1989, p. 119.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ídem.*

artículo 12 del CPC.⁷⁰ De manera que aún con apoyo en la explicación del profesor Fuenmayor, se observa que no hay diferencia entre falso supuesto y suposición falsa.

De manera que todos los casos de suposición falsa implican una invención del sentenciador; y en esto último sí compartimos la opinión de Fuenmayor.

Siendo así el asunto, conviene recordar⁷¹ las características y modalidades de la suposición falsa prevista en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, norma que resulta aplicable supletoriamente en esta materia. En este sentido tenemos tres casos de este vicio, así: (i) cuando el juez atribuye “la existencia en un instrumento o acta del expediente de menciones que no contenga”; (ii) cuando el juez da “por demostrado un hecho con pruebas que no aparezcan de autos”; (iii) cuando el juez da por probado un hecho con pruebas “cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente no mencionados en la sentencia”.

En relación con estos tres casos de falso supuesto, cabe observar lo siguiente:

(i) El primero ocurre cuando el sentenciador imputa a un instrumento un significado que éste no expresa. Así, por ejemplo, si un juez afirma que un documento dice “venta” cuando en realidad dice “donación”. También se da esa falsa atribución de menciones si el sentenciador pone en boca del testigo lo que éste no ha dicho. Por ejemplo, el juez afirma que el testigo declara que no vio el accidente, cuando lo cierto es que declaró todo lo contrario⁷².

Por otra parte, la jurisprudencia consagró, a partir de la sentencia del 23 de diciembre de 1939, el *falso supuesto intelectual* o falso supuesto por desviación ideológica o desnaturalización, cuando declaró *in verbis*:

⁷⁰ El profesor Márquez Añez había señalado que ese segundo caso de falso supuesto correspondía a una “invención del juzgador” (La casación sobre los hechos... cit., p. 61).

⁷¹ Esta sección la tomo, con algunas modificaciones y añadidos, de mi citado libro *La Casación sobre los hechos*, pp. 43-49.

⁷² Ver DUQUE SÁNCHEZ: *Manual de Casación Civil*. Caracas, UCAB, 3era Edic., 1984, p. 272.

“Equivale a atribuir la existencia en un instrumento, de menciones que no contiene, el hecho de desnaturalizar la mención que sí contenga, al punto de hacerle producir efectos distintos de los en ella previstos, o al punto de que produzca los efectos que hubiera producido otra mención que el instrumento no contiene”⁷³.

Lo anterior dio acogida en nuestro sistema -como lo señaló la doctrina nacional- al llamado “*travisamento*” italiano⁷⁴. Este ocurre cuando el juez altera, disfraza o desfigura el contenido de un acta del expediente, lo cual es verificable mediante una simple contrastación⁷⁵. En Italia esta figura era un motivo de invalidación y no de casación⁷⁶. De manera que el falso supuesto intelectual es equivalente: al “*travisamento*” italiano, al “*mal jugé*” francés, y a la desviación ideológica o desnaturalización.

En la suposición falsa (falso supuesto) intelectual implica una desnaturalización de un hecho, mas no “la deducción por vía de interpretación de un concepto que se crea implicado en el texto, aunque no lo contenga en forma literal”⁷⁷. Aunque conviene señalar que la consecuencia del establecimiento de un hecho falso por efecto de una desviación ideológica será la infracción, por vía refleja, de una norma jurídica.

(ii) El segundo caso de suposición falsa acontece cuando el juez daba por demostrado un hecho con pruebas inexistentes. Aquí la falsedad del hecho se demuestra con una simple revisión del expediente, para verificar así que la misma es invención del sentenciador.

Según la jurisprudencia de vieja data, existe este segundo caso de falso supuesto cuando el juez da por demostrado un hecho con pruebas que no cursan en autos; por ejemplo, mediante una experticia que nunca

⁷³ Sentencia de fecha 23-12-39 en DUQUE SÁNCHEZ: *Ob. cit.*, p. 273.

⁷⁴ DUQUE SANCHEZ: *Ob. cit.*, p. 273.

⁷⁵ Cfr. BORJAS: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*. Caracas, Librería Piñango, 1973, T. IV, p. 218, MÁRQUEZ AÑEZ: *La Casación sobre los Hechos... cit.*, p. 60; DUQUE SÁNCHEZ: *Ob. cit.*, p. 268; MATTIROLO, LUIS: *Tratado de Derecho Judicial*. Madrid, Editorial Reus, 1936, T. IV, núm. 1046, p. 922.

⁷⁶ BORJAS: *Ibid.* Además, el “*travisamento*” equivale al “*mal jugé*” francés (DUQUE SÁNCHEZ: *Loc. últ. cit.*) Ver igualmente a CUENCA: *Ob. cit.*, núm. 122, p. 299.

⁷⁷ Sentencia de fecha 4-8-58 citada por NUÑEZ ARISTIMUÑO, José: *Aspectos de la Técnica de la Formalización del Recurso de Casación*. Caracas, Edit. Sucre, 1983, p. 158.

fue evacuada. Pero no es falso supuesto cuando el sentenciador no da por demostrado un hecho con pruebas que sí existen en el expediente⁷⁸.

En este último caso, el sentenciador no se atiene a lo alegado y probado en autos y, por tanto, es necesaria la denuncia del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil⁷⁹ por ser el fallo incongruente.

Ejemplos de este segundo caso de suposición falsa serían (a) si se da por demostrado un hecho con la confesión de una de las partes, pero esa prueba nunca se evacuó; (b) si se da por demostrado un hecho con la declaración del testigo Pedro Pérez que nunca declaró; (c) si se da por demostrada la interrupción de la prescripción con la demanda registrada, pero dicho documento no está en el expediente y, (d) si se da por demostrado un hecho con una inspección no promovida o no evacuada.

(iii) El tercer caso de falso supuesto es cuando el sentenciador da por demostrado un hecho con pruebas “cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo no mencionados en la sentencia”. En relación con este tercer tipo de suposición falsa, la doctrina nacional⁸⁰ señala dos situaciones:

Estamos en presencia de la primera cuando la inexactitud de las pruebas se evidencia a través de su confrontación con **otras pruebas** que están en el expediente y que el juzgador no menciona. “Así por

⁷⁸ Sentencia de fecha 18-10-73 citada por SARMIENTO NUÑEZ, José Gabriel: Condiciones Sustanciales del Recurso de Casación. en *Ob. cit.*, p. 71. Sólo es falso supuesto “el positivo de dar los jueces por demostrado los hechos con pruebas que no existen en el expediente y nunca el negativo de no darlos por demostrados con pruebas que sí existen en él”.

⁷⁹ En este segundo caso de falso supuesto es posible la denuncia aislada del artículo 12 del CPC, ya que “contiene virtualmente todos los principios legales que pueden quebrantarse cuando los jueces incurrn en falso supuesto” (DUQUE SANCHEZ, *Ob. cit.*, p. 276. En igual sentido ver NUÑEZ ARISTIMUÑO: *Ob. cit.*, p. 169). Los otros casos de denuncia aislada de dicha norma eran, bajo el imperio del viejo Código: a) el caso de silencio de prueba; criterio que cambió con el nuevo Código. En efecto, ahora, de acuerdo con la sentencia del 10-03-88, el silencio de prueba puede denunciarse como de forma o de fondo; en ambos casos el artículo 12 puede incluirse para colorear la denuncia (ver *Pierre Tapia*, marzo 1988, pp. 98-99); b) cuando se achaca a la sentencia “haber incurrido en sutilezas o puntos de mera forma” (ver NUÑEZ ARISTIMUÑO: *Ibid.*, pp. 89-90).

Por tanto, con el nuevo sistema, la posibilidad de denuncia aislada del artículo 12 del CPC queda reducida a una situación: el segundo caso de falso supuesto (suposición falsa) previsto en el encabezamiento del artículo 320 del CPC, ya que cuando se le imputa a la recurrida sutileza o puntos de mera forma se infringe el artículo 254 del CPC.

⁸⁰ MARQUEZ AÑEZ: “La Casación sobre los Hechos”... *cit.*, p. 62.

ejemplo, cuando el hecho establecido por el sentenciador con apoyo en una prueba testimonial, resulta desvirtuado al confrontarse la respectiva declaración con documentos presentados por el mismo promovente de la testimonial, que el juez se abstuvo de mencionar en la sentencia”.⁸¹

La segunda situación se presenta cuando la inexactitud de la prueba resulta, no ya de su contrastación con **otras pruebas**, sino de la confrontación con la **misma prueba**⁸². Ejemplo de esta segunda hipótesis lo tenemos en la sentencia de fecha 28 de agosto de 1962. En dicho fallo la Sala señaló que constituye falso supuesto cuando el juez ordena “el pago de prestaciones sociales sobre la base de un salario mencionado en el contrato, pero omitiendo el sentenciador la referencia que acerca de utilidades en relación con ese mismo salario hace el citado contrato y sin que éstas hubieran sido rechazadas como tales por el juzgador, pues indudablemente que con ello afirmó un hecho cuya inexactitud resultaría de las cláusulas contenidas en el aludido contrato no mencionadas en la sentencia”⁸³.

Tampoco parece conveniente justificar las técnicas exigidas tradicionalmente por la doctrina y jurisprudencia para plantear una denuncia de suposición falsa o falso supuesto. Si el juez comete este vicio, bastaría que la denuncia aluda al establecimiento de un hecho jurídico falso y que el mismo sea trascendente sobre el fondo de la controversia. Solución sencilla que se amolda a las exigencias de los artículos 26 y 257 de la Constitución.

Pese a lo señalado, en la casación civil las técnicas para formular una denuncia de suposición falsa son de tal magnitud que hacen prácticamente inviable una denuncia de esta especie. El requisito más socorrido es aquél que señala que con la suposición falsa no se combate una conclusión, sino el establecimiento de un hecho falso. De esta manera, al exigir la imposibilidad de combatir una conclusión del juez, aunque se trate de un hecho, la denuncia es de casi imposible procedencia. Sin embargo, la SCC le dio entrada a la posibilidad de combatir una conclusión cuando se plantea una denuncia de suposición falsa por desviación

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Sentencia de fecha 28-9-62 en DUQUE SANCHEZ: *Ob. cit.*, p. 275, y MARQUEZ AÑEZ: *Ibíd.*

ideológica. Así ocurrió con la sentencia número 187 del 26 de mayo de 2010⁸⁴, cuando la SCC admitió que cuando se trata de desviación ideológica sí es posible combatir una conclusión; para las demás modalidades si se exige que se combata el establecimiento del hecho y no las conclusiones. Sin embargo, pienso que la Sala de Casación debe examinar las denuncias independientemente de que se combatan hechos concretos o conclusiones sobre esos hechos, porque el establecimiento errado de un hecho es siempre consecuencia de un razonamiento.

CONCLUSIONES

De la exposición anterior, presento el compendio de conclusiones siguientes:

El sistema de casación de derecho ha fracasado en Venezuela por la forma como se ha privilegiado lo adjetivo sobre lo sustantivo. En cambio, en Francia ha sido un factor de impulso en la evolución jurídica, a través de una enriquecedora jurisprudencia en materia de derecho sustantivo.

Nuestra casación, al contrario de la francesa, no ha sido un mecanismo para interpretar el derecho sustantivo sino para discutir formalidades y técnicas procesales. La culpa de esto la tienen, en primer lugar, los litigantes y, en segundo lugar, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de décadas, que ha potenciado el valor de las técnicas de casación.

La falla del sistema de casación de derecho, de la manera señalada, ha llevado a buscar respuesta en la casación de instancia. Fue lo que ocurrió con la casación laboral, cuya buena experiencia inicial ha estimulado a la Sala de Casación Civil a establecer la casación de instancia. Así lo hizo en su sentencia número 510 de julio de 2017.

El Tribunal Supremo de Justicia, en ninguna de sus salas, puede declarar la nulidad de normas en abstracto, sino limitarse a generar líneas jurisprudenciales sobre materias específicas. Por eso, la Sala de Casación Civil no está habilitada para declarar la nulidad de los artículos 320, 322, 323 y 522 del Código de Procedimiento Civil. En cambio,

⁸⁴ Criterio ratificado en sentencia de la SCC N° 456 del 3.10.11.

sí puede introducir mejoras el modelo de casación por medio del trabajo jurisprudencial.

La Sala Constitucional se ha atribuido facultades legislativas al amparo de la inconstitucional y dictatorial “jurisprudencia normativa”, creada desde los primeros años de vida de la revolución bolivariana, para iniciar el recorrido judicial que ha convertido a la Sala Constitucional en un tribunal autoritario que lo ha llevado a establecer una dictadura judicial.

Sobre la base de esa dictatorial “jurisprudencia normativa”, la Sala Constitucional al revisar la sentencia número 510 de la Sala de Casación Civil, anuló el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil y parcialmente los artículos 320, 322 y 522 del mismo Código. Estos últimos los reescribió de una manera confusa y contradictoria. Al mismo tiempo, declaró la nulidad total del artículo 323 del Código de Procedimiento Civil. De esta manera invadió las facultades constitucionales de la Asamblea Nacional que es la institución constitucionalmente facultada para legislar.

La Sala de Casación Civil en su sentencia número 510 se atribuyó la facultad de casar de oficio en relación con errores de juzgamiento. Esta facultad es excesiva y viola el principio dispositivo e igualdad de las partes, al introducir un riesgo que porque significa una ventaja para uno de algunos litigantes en perjuicio de su contrario. En efecto, la Sala puede suplir los alegatos de la parte beneficiada por la casación de oficio, al tiempo que le viola el derecho a la defensa al perjudicado por esa declaratoria, al no disponer de oportunidad de combatir el vicio que ahora oficiosamente declara la Sala.

Según la decisión 510 hay casación parcial cuando existen inmotivaciones sobre aspectos de la recurrida. Pero no es así porque en la casación de instancia, al declarar procedente una denuncia, anula totalmente el fallo para decidir el fondo. Ello porque la denuncia de forma o fondo debe ser trascendente en el dispositivo. Los ejemplos que expone la Sala se refieren a inmotivaciones en determinados aspectos de la sentencia recurrida. Sin embargo, mi opinión es distinta y la fundamento en lo siguiente: el vicio de forma para que justifique la casación debe tener influencia sobre el dispositivo. Por ejemplo, si el dispositivo se sustenta en 2 razones, y el vicio por defecto de actividad afecta solo una de ellas,

jamás tendrá influencia en el dispositivo, porque este se puede sostener con el otro y válido motivo.

La Casación sin reenvío y la casación de instancia son dos modalidades distintas que las sentencias de las Sala Constitucional y de Casación Civil refieren como equivalentes. La primera es una facultad del juez de casación para prescindir del reenvío cuando su decisión nada deja por juzgar; o cuando a los hechos soberanamente establecidos por los jueces del fondo, le es posible aplicar la apropiada regla de derecho. Los hechos no se tocan en ninguno de los dos casos. En la segunda, al declarar con lugar una denuncia, la sala decide el fondo y para ello puede juzgar sobre los hechos y sobre el derecho.

La casación sobre los hechos debe limitarse a la suposición falsa (o falso supuesto). Los otros motivos, es decir, el error en el establecimiento y valoración de los hechos y el error en el establecimiento y valoración de las pruebas debe reconducirse a supuestos de infracción de ley a secas, sin necesidad de exigir una “técnica” para su alegación, ni tampoco considerarlos como errores de hecho. En esta materia hay que ir a la simplificación de la casación y deslastrarnos de las engorrosas “técnicas”.

Ramón Escovar León
Naiquatá, julio 2018

**PALABRAS DE CLAUSURA A CARGO
DEL DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

Y AHORA, ¿QUÉ?*

Unas palabras de clausura tienen siempre algo de protocolar. Debo comenzar por agradecer a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por la iniciativa de convocar a este foro, al doctor Escovar León por gestionar la iniciativa, a los expositores por sus ponencias, al distinguido público por su asistencia y al eficiente personal de la Academia por estar atentos a todo lo necesario para que este evento se haya realizado. Pero también, supongo, me invitaron para diga algo más que un saludo de despedida. Me voy a permitir expresar algunas ideas que ayuden a pensar en lo que se ha conversado durante esta mañana. La casación tiene que ver con el control de la legalidad de los poderes públicos, de la misma manera en que es necesario el control de la legalidad por su propia vía procesal respecto de los actos de la Administración Pública o de las leyes del Poder Legislativo. Es decir, la casación es la vía procesal de control de la legalidad de las sentencias de los tribunales. En todos estos casos, las diferentes valoraciones de política legislativa hacen variar el ámbito del control. La intensidad o el grado de control de la legalidad variarán según las razones políticas que informen a los mecanismos de control que se diseñen. Por lo tanto, el recurso de casación, en la forma en que se presente, no tiene por qué ser necesariamente el mecanismo procesal de control de la legalidad de las sentencias judiciales y no tiene por qué haber solo un tipo de recurso de casación.

Resulta muy difícil no criticar el sistema actual de control de la legalidad de las sentencias mediante el mecanismo del recurso de casación. Nadie puede estar de acuerdo con el recurso de casación tal y como está escrito en el CPC. Pero tampoco podemos estar de acuerdo

* Palabras en la clausura del foro *La nueva Casación Civil a partir de la sentencia No. 362 de 10 de mayo de 2018*, realizado el 27 de junio de 2018.

con que se altere el estado de derecho invocando la legalidad y la justicia. Por ello, la modalidad adoptada por la Sala de Casación Civil en su sentencia No. 510 de 28 de julio de 2017 y por la Sala Constitucional en su sentencia No. 362 de 10 de mayo de 2018, para modificar el CPC en lo que respecta a la casación sin reenvío, el recurso de nulidad, la reposición de la causa y la casación múltiple es censurable. Una vez más la Sala Constitucional se arroga la voluntad del electorado, y sin consulta ni audiencia del gremio de abogados ni de las facultades de ciencias jurídicas, hace de órgano legislativo. La Sala Constitucional es el más grave problema constitucional que tiene Venezuela.

La casación venezolana nació el 13 de junio de 1876 y no fue “una de las tantas francesadas de Guzmán Blanco”, como si lo sostuvo el profesor Humberto Cuenca. La casación nació con un propósito político de su tiempo, como lo estableció el artículo 1° de la Ley de 13 de junio de 1876: “Para mantener la unidad de la jurisprudencia nacional”. Nació para hacerle frente a un problema jurídico resultado de una situación política producto de un federalismo de papel introducido en 1864. Si la casación no ha funcionado como debió haber funcionado se le debe principalmente a nosotros los abogados en ejercicio. En la Memoria de la Corte Federal de 1880 (p. VI) se lee: “...se ha abusado extraordinariamente el recurso que esta ley concede, siendo una verdad, que son muy pocas las causas criminales y civiles en que no se interpone, causando esto perjuicios a las partes y a la vindicta pública, entorpeciendo frecuentemente a la acción benéfica de la justicia. Atendido aquel abuso, el recurso de casación ha perdido en el hecho su carácter de extraordinario y se ha convertido en recurso obligado, del que se usa arbitrariamente (...)”. Y fue la crítica constante de los hombres de la justicia venezolana de esos tiempos la que hizo que desde la primera ley de la materia hasta la recepción del recurso de casación en el CPC de 1897 se hubieran dictado siete leyes para regular ese recurso.

Los estudios históricos sobre el recurso de casación escritos por el Dr. Cristóbal L. Mendoza (en *El Ágora*, Año I, No. 3, 2 de febrero de 1894), y por el Dr. Silvestre Tovar Lange (“La casación en lo civil y mercantil. Estudio de la institución en la legislación procesal venezolana”, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, No. 26, 1941, p. 5 y ss.), son muestra de la finalidad política inicial y

de los propósitos perseguidos, en especial evitar que la ficción de federalismo que hemos vivido hiciera de Venezuela una gran Babel legislativa, en la que cada estado de la pseudo federación, al dictar su propia jurisprudencia, desintegrara la unidad de la legislación que en materia civil, mercantil, penal y procesal, por ejemplo, solo emanaba del Poder Legislativo nacional. Es decir, la Corte de Casación y los tribunales que hacen sus veces conocían de casos de aplicación del derecho dictado por los órganos nacionales y cuidaban de la legislación nacional. Los tribunales de los estados no aplicaban la ley nacional, pero sus criterios podían destruir la unidad de la legislación nacional. Por ello todavía hoy el artículo 321 del CPC habla de la casación como medio para preservar “la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. La casación en Venezuela cumple *-mutatis mutandi-* respecto de las relaciones jurídico privadas y también en materia penal, por ejemplo, la función de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en materia federal de ese país.

La argumentación que hace valer la Sala de Casación Civil, y que acoge la Sala Constitucional en la sentencia objeto de este foro, se funda muy particularmente en las respetables ideas del profesor Humberto Cuenca (quien por ejemplo, no comparte las visiones de Mendoza y Tovar Lange antes citadas, ver Cuenca, *Curso de Casación Civil*, UCV, Caracas, Tomo I, p. 73 y ss.). Pero el TSJ no citó ni una vez la opinión de los co-redactores del CPC de 1986. Ni siquiera se refirió a la obra del profesor Márquez Añez, quien también había estudiado el asunto de los antecedentes político-legislativos del recurso de casación (*Estudios de Procedimiento Civil*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, p. 283 y ss.). No se revisó la opinión de los comentaristas venezolanos de finales de siglo XIX, como Martín F. Feo, en su trabajo publicado en la *Revista Forense* de Caracas en 1893 o la *Exposición del Código de Procedimiento Civil* de Luis Sanojo (Imprenta Federal, Caracas, 1876), para ver de primera fuente la opinión de los venezolanos de aquel tiempo.

Para cerrar, quiero citar la valiosa opinión del autor que inspira la labor del TSJ en su crítica de la casación en Venezuela. En cuanto a la actitud política de la antigua Corte Federal y de Casación, el profesor Cuenca dijo en el Tomo I de su *Curso de Casación Civil* (UCV, Caracas, 1962, p. 83) lo siguiente:

“La casación venezolana nació manchada de oportunismo político y de corrupción. El primer recurso de casación decidido por la Alta Corte Federal, a quien al comienzo correspondió su conocimiento, anuló la sentencia porque era desfavorable al general Joaquín Crespo, Ministro de Guerra y Marina de Guzmán Blanco, futuro Presidente de la República, acusado de abigeato. Cuando algún estudiante repase por curiosidad las viejas páginas de la introducción a las memorias de nuestro supremo tribunal se encontrará con el obligado epinicio al dictador de turno. Los magistrados guzmancistas aclaman al “Ilustre Americano, Regenerador de la República y Jefe nuestro”. Más tarde, los corifeos del ciprianismo entonan loas al “Benemérito Jefe de la Restauración de Venezuela, guerrero, político y administrador”. Los gomecistas legalizan la entrega de la riqueza petrolera a consorcios extranjeros y ensalzan al “insigne conductor de la Rehabilitación Nacional, Caudillo de Diciembre y Fundador de la Paz en Venezuela”. Por fin, durante la dictadura, cuando la división en dos cortes, tampoco faltan las sentencias inspiradas en el “fundamento jurídico de la doctrina del bien nacional”. Son más de ochenta años de jurisprudencia y dictadura, con escasos intervalos de libertad, en los que los pocos jueces honestos van a la cárcel o al destierro.” Hasta aquí la cita de Cuenca.

Y ahora, ¿Qué?

**MÚLTIPLES CARAS DE LOS CRIPTOACTIVOS.
EL BITCOIN Y EL PETRO.
VISIÓN TECNOLÓGICA, ECONÓMICA
Y JURÍDICA DE LAS CRIPTOMONEDAS
CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LOS CASOS
DEL BITCOIN Y EL PETRO.
22 DE NOVIEMBRE DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL PROF. JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA,
SEGUNDO VICE-PRESIDENTE
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES.**

Lic. Sara Levy

Individuo de número de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.

Licenciado Robinson Rivas

Director de la Escuela de Computación de la Universidad Central de Venezuela.

Dr. James Otis Rodner

Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas

Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Señores Miembros de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales:

Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
Señores invitados.

Es motivo de satisfacción para esta Corporación el poder congregar en el día de hoy para reflexionar acerca de las “Múltiples caras de los Criptoactivos. El Bitcoin y el Petro”. Especialmente por referirnos a un evento holístico que cubre aspectos tan diversos de la realidad a estudiar como lo jurídico, lo económico, lo tecnológico y lo social, para solo mencionar algunas de las interacciones en juego que nos permiten aproximarnos al tema en consideración. Tal como lo señala la filosofía de hoy “los sistemas y sus propiedades deben considerarse como conjuntos, no sólo como una colección de partes. Con algún sentido lo expresaba Quine al señalar “que la unidad del significado empírico es toda la ciencia” (1). Si partiéramos, como a veces lo hacemos los juristas, de las consideraciones del decreto 3196 de fecha 28 de diciembre de 2017 nos encontraríamos frente a una intención legislativa o del

que asume tal función sin corresponderle que nos aporta elementos tan generales que pudieran estar presentes a la hora de elaborar, por ejemplo, un plan económico de gobierno. En este sentido se señalan tópicos relativos a: Nueva divisa internacional con respaldo de materias primas como petróleo; medidas excepcionales y temporales para proteger al pueblo y garantizar de manera efectiva una economía capaz de mantener la cohesión social y la estabilidad política; aportar esfuerzo para la recuperación económica del país y el impulso del modelo económico productivo, sustentable e independiente a través de una nueva divisa internacional y por último crear un criptoactivo intercambiable por bienes y servicios y por dinero fiduciario en las casas de intercambio de criptoactivos nacionales e internacionales y al mismo tiempo ejerce funciones de *commodities* ya que se puede utilizar como un instrumento de refugio financiero por estar respaldado en barriles de petróleo venezolano en la forma de un contrato de compra-venta con la posibilidad de ser canjeado por petróleo físico (2). Los términos anteriormente descritos dan la idea de que se pretende adoptar todo un “ambicioso” plan de sobrevivencia económica en el cual no parece haber una adecuada compatibilización entre los medios escogidos y los fines perseguidos. De cualquier forma como juristas hubiéramos esperado una armonización coherente entre el derecho establecido y el propuesto. Tal como lo plantea Manuel Atienza: “La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, porque propone la idea de que el derecho es una empresa racional, porque está de acuerdo con la noción de universalidad en cuanto componente de la racionalidad en la vida práctica al permitir considerar a las normas no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido, porque promueve la certeza del derecho, ya que la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico y porque un orden jurídico que fuera simplemente no contradictorio no permitiría guiar la conducta de la gente como lo hace el derecho” (3).

Pero pareciera que en el caso que nos ocupa el ideal jurídico propuesto por Atienza no se ha logrado. Lo anterior es especialmente grave por encontrarnos, como señala el académico Carmona Borjas, frente a un fenómeno “bifronte” en el que concurren lo bueno y lo malo. Así nos indica el académico recién nombrado: “Entre sus bondades se reconocen, entre otras, su autonomía, transparencia, libre accesibilidad,

rapidez y economía. No obstante ello, se admite también que en ellas el crimen organizado ha encontrado terreno fértil al que se ha denominado cybercrimen (spammers, ladrones de identidad, espías, hackers). Se ha considerado también a los bitcoin y con ello a las criptomonedas como terreno propicio para el lavado de dinero y la evasión de impuestos. La actividad de minería que encierra la operación de muchos de esos sistemas ha sido denunciada como factor desencadenante de mayor contaminación y contraria a derechos sociales fundamentales de la población. Como todo, no son sólo bondades sino también defectos lo que encierran los avances tecnológicos, de allí que en opinión de un importante sector sea necesario una constante regulación normativa” (4). Lo anteriormente señalado como realidad global asume un carácter de mayor urgencia cuando nos referimos a la implementación de la idea a nivel nacional. En este sentido el académico Humberto Romero Muci refiriéndose al trabajo de incorporación de Carmona Borjas señala: “Según Juan Cristóbal Carmona la confusión y la desinformación caracterizan los primeros pasos dados por el régimen en la implementación del petro. Las declaraciones emitidas y los actos dictados por ellos y los altos personeros del poder ejecutivo, no sólo han resultado ambiguos sino también, contra la seguridad jurídica que una medida de este tipo demanda, todo ello se agrava al tratarse de medidas que tienen como soporte los inválidos Decretos de Declaración de Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el territorio nacional y las actuaciones de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente cuestionada por su origen y desempeño” (5). Las opiniones anteriores han sido ratificadas por valiosos juristas venezolanos como por ejemplo: Luisa Lepervanche y Darin J. Gibbs (6). Lo cierto es que los juristas tenemos que confrontar la realidad con un espíritu en función del cual nuestro lenguaje no nos aisle del mundo actual. No es que rechacemos lo que se deriva de la tecnología actual y de la necesidad general de la sociedad de buscar nuevas fórmulas que vayan en contra de las regulaciones tradicionales. No es nueva la idea de sustituir las políticas monetarias tradicionales. Ya Karl Einert en su célebre obra “El derecho de cambio según las operaciones en el siglo XIX” proclamaba que la letra de cambio debía ser el papel moneda de los comerciantes (7).

De cualquier manera la llamada lógica difusa ha ido penetrando en la teoría general del derecho haciéndonos ver que la oposición entre racionalismo normativo y racionalismo aparente de la vida debe ser revisada con mayor cuidado. En el pasado los juristas mostrábamos una evidente falta de interés en el tratamiento formal de lo borroso. Durante una época, según opinión profundamente enraizada, las teorías del derecho no se esforzaban en entender los instrumentos conceptuales que las habiliten para elaborar, ocuparse y tomar en cuenta de forma deliberada la borrosidad más bien buscaban medios que le permitieran librarse de lo que no se entendía a la luz de la lógica jurídica tradicional (8). Pero los tiempos han cambiado y los juristas de hoy entienden el reto que tienen por delante. Están perfectamente claros de las limitaciones de la analogía para entender con las instituciones jurídicas del pasado a las que nacen y desaparecen día a día. El jurista de hoy no le teme a la borrosidad derivada de los instrumentos que vamos a analizar en el día de hoy todo lo contrario se esfuerzan para entender y regular, sin hacerlo desaparecer, todo aquello del mundo de hoy que como las criptomonedas y sus modos de ejecución poseen un alto grado de borrosidad. Podríamos intentar entender a la luz de teorías como la de “el espacio libre de derecho” tan popularizada en materia penal el tema que tenemos por delante (9). El dilema va siempre a estar en determinar cuál es el grado de regulación legal requerido para que las exigencias de los nuevos tiempos puedan traducirse en una regulación que permita garantizar valores de justicia, seguridad jurídica y equidad que deben ser acompañantes necesarios de la idea del derecho tal como fue formulada entre otros por Gustav Radbruch (10).

Las dificultades a los que hacemos frente, en la actualidad, en nuestro país, se ven agravadas tal como lo han señalado valiosos estudios venezolanos, por la combinación de una ideología equivocada con una tecnología no suficientemente entendida. Ya Lester C Thurow lo señaló en “El futuro del Capitalismo”: “La tecnología y la ideología sacuden las bases del capitalismo del siglo veinte. La Tecnología está haciendo de las habilidades y del conocimiento las únicas fuentes de una ventaja estratégica sostenible. Instigada por los medios electrónicos, la ideología se está moviendo hacia una forma radical de maximización del consumo (yo diría también inversión) a corto plazo y todo

ello precisamente en un tiempo en que el éxito económico depende de nuestra voluntad y capacidad para hacer inversiones sociales a largo plazo en habilidades, educación, conocimiento e infraestructura. Cuando la tecnología y la ideología comiencen a moverse separadamente, la única pregunta que nos podemos hacer: ¿Cuándo se va a producir la catástrofe que destruya al sistema?” (11). Por algunas de las cosas que hemos mencionado la lógica de este encuentro holístico, interdisciplinario, cobra pleno sentido.

Muchas gracias y Bienvenidos a este evento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ver <http://plativ.Stanford.edu/entries/meaning-holism>

Decreto 3196 de fecha 28 de diciembre de 2017. G.O. 63468

Atienza, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, P. 119

Carmona Borjas, Juan Cristóbal. *Múltiples caras de los criptoactivos. Especial referencia al caso del petro*. Discurso y trabajo de incorporación como Individuo Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas 2018. P.18

Romero Muci, Humberto. Discurso de contestación en el acto de incorporación como Individuo de Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Juan Cristóbal Carmona Borjas P. 89

Ver: Lepervanche, Luisa. *Consideraciones jurídicas sobre criptoactivos y petros*. Revista venezolana de Derecho Mercantil. Homenaje al Dr. Carlos Lepervanche Michelena N° 1, 2018. www.sovedem.com.
Ver Gibbs, Darin J. La regulación de la criptomoneda en Venezuela. La súbita creación de los petro y de la Superintendencia de Criptomonedas y actividades conexas. Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano. N° 12 / 2017.

Cámara, Héctor. *Letra de Cambio y Vale o Pagaré*. Tomo I. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2005, P. 21

Ver Mazzaresse, Tecla. *Lógica Borrosa y Decisiones Judiciales. El peligro de la Falacia Racionalista*. www.cervantesvirtual.com

Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2006. P. 405 y ss.

Radbruch, Gustav. *Filosofía del Derecho*. Editorial Reus Madrid, 2007, P. 81
y ss.

Thurow, Lester C. *The Future of Capitalism. How Today's Economic Forces
Shape Tomorrow's World*. William Morrow and Company. New York,
1976. P. 326

**MÚLTIPLES CARAS DE LOS CRIPTOACTIVOS.
ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DEL PETRO.
PROF. JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

I) REGULACIÓN DE LA BLOCKCHAIN Y DE LOS CRIPTO-ACTIVOS

A) Consideraciones previas

A finales de los años setenta el politólogo de Harvard, Samuel Huntington, reveló su famosa afirmación de que constituía causa fundamental de inestabilidad social y política en los países en vías de desarrollo el hecho de que las expectativas de la población crecían a más velocidad que la capacidad de cualquier gobierno para satisfacerlas. La aparición de la blockchain y de las criptomonedas pareciera expresión de esa disociación.

Cuando se producen en la humanidad revoluciones tecnológicas de impacto, por más resistencia inicial que puedan suscitar, la peor actitud que frente a ellas puede adoptarse es la de ignorarlas o rechazarlas.

La tecnología blockchain y en ella las criptomonedas se presenta como un fenómeno bifronte, en el que concurren lo bueno y lo malo. Entre sus bondades se reconocen, entre otras, su autonomía, transparencia, libre accesibilidad, rapidez y economía. No obstante ello, se admite también que en ellas el crimen organizado ha encontrado terreno fértil al que se ha denominado cybercrimen (*spammers*, ladrones de identidad, espías, hackers). Se ha considerado también a la blockchain y con ella a las criptomonedas como terreno propicio para el lavado de dinero y la evasión de impuestos. La actividad de minería que encierra la operación de muchos de esos sistemas ha sido denunciada como factor desencadenante de mayor contaminación y contraria a la satisfacción de los derechos sociales fundamentales de la población. Como todo, no son sólo bondades sino también defectos los que encierran los avances tecnológicos, de ahí que en opinión de un importante sector sea necesario su constante regulación normativa.

La relativa pasividad que ha registrado el mundo del Derecho y las autoridades gubernamentales nacionales y supranacionales frente al tema de las criptomonedas, además de despertar curiosidad, ha estimulado mi inquietud científica, la cual he intentado canalizar con esta investigación bajo la convicción de que el Derecho está en plena capacidad de atender este fenómeno, regulándolo sin atentar contra su esencia. Reconozco que ello no es tarea sencilla y que tocará innovar y ajustar algunas de sus instituciones clásicas, lo que en definitiva no representará una excepción ni una novedad. El Derecho al igual que la tecnología, es expresión de la innovación humana y, como tal, susceptible de evolucionar según se lo imponga la realidad y lo exijan las múltiples caras de los criptoactivos, sin necesidad de darles la espalda.

B) Dilema ético y jurídico

El surgimiento del dinero en la civilización representó un verdadero acontecimiento, en tanto impulsó significativamente el crecimiento comercial que a la postre contribuyó a conformar lo que hoy entendemos por globalización, salto cuántico en la humanidad, cuyos efectos continúan multiplicándose ilimitadamente en el tiempo y el espacio.

Si se parte de la afirmación de que el dinero desde el punto de vista sociológico y económico no son las monedas y los billetes, sino cualquier elemento que la gente esté dispuesta a utilizar para representar de manera sistemática el valor con el propósito de intercambiar bienes y servicios, el dinero podrá considerarse mutable indefinidamente en el tiempo, según se lo plantee la humanidad en función de sus realidades y necesidades.

El dinero, como creación humana y expresión cultural que es, está así en constante evolución, sea en su forma de presentación, en su respaldo o en su manera de transmisión. Ello, sin embargo, no necesariamente supone cambios en su concepción y características fundamentales, simplemente, variaciones en aspectos, hasta cierto punto secundarios u operativos que obedecen a las nuevas dinámicas de la sociedad y a los avances tecnológicos a la mano.

De bienes corporales con valor inherente como la cebada y el ganado, se pasó al polvo de ciertos minerales (Siclo de plata), de allí a los

lingotes de minerales (oro), de éstos a las monedas acuñadas, hasta llegar al papel moneda respaldado por minerales. De la confianza derivada del valor intrínseco de los bienes seleccionados para cumplir el papel de dinero se llegó posteriormente a bienes sin valor inherente (papel moneda fiduciario), pero aceptados por la comunidad por mandato legal y/o por la confianza derivada de su emisor (Estado).

Un indicador contundente de aquella evolución lo constituye el hecho, siglos atrás, inimaginable, de que actualmente de la suma total de dinero en el mundo, que es de unos 60 billones de dólares, las monedas y billetes emitidos no llegue a los 6 billones de dólares. Lo anterior, referido al dinero en su concepción fiduciaria, es expresión de la llamada “anemia monetaria” descrita por el economista alemán Wilhelm Röpke, cuyo inicio ubica en la controversial decisión de Richard Nixon en 1971, de suspender la convertibilidad del dólar al oro, con lo que se rompió el tenue vínculo que aún quedaba entre ese mineral y el dinero (Bretton Woods - 1955). A partir de ese momento, para bien o para mal, en la actualidad el dinero en circulación no tiene vínculo con una mercancía física, sino que se trata de unidades abstractas, basadas en su aceptabilidad por parte del público en función del desempeño del Estado emisor de que se trate.

Tras aquel hito, la humanidad ha evidenciado respecto del dinero fiduciario (*fiat*), otros tantos, entre ellos, el surgimiento de un sinnúmero de modalidades para su canalización a las que se ha llamado “dinero bancario”, “dinero plástico”, “dinero electrónico” y el “dinero digital”. La aparición de las “criptomonedas”, cuya concepción se atribuye a un grupo multidisciplinario de “librepensadores” al que se denominó “Cypherpunks” que irrumpe en el último cuarto del siglo XX y se consolida a finales de la primera década del siglo XXI frente al cuestionable desempeño del sistema financiero mundial (Suprime Mortgage Crisis - Lehman Brothers -2007-), pudiera considerarse otro posible gran hito en la humanidad, aunque respecto de las criptomonedas existe fuerte polémica al punto de negárseles mayoritariamente el carácter de dinero.

Una de las grandes críticas que ha registrado el dinero fiduciario radica en la tentación que representa para las autoridades gubernamentales el incurrir en la práctica de la emisión de dinero inorgánico para

cubrir déficits fiscales que devienen en escenarios inflacionarios depauperantes del poder de compra de la población.

Las críticas al sistema, aunadas al desempeño de la banca pública y privada, así como de otros factores, promovieron posturas como las del economista austríaco y Premio Nobel, Friedrich Hayek, quien sugirió en la década de los setenta del siglo XX la idea de un sistema monetario ajeno al Estado, forjado únicamente a base de las fuerzas del mercado, planteamiento este que luego desarrolló en su obra *Desnationalization of Money* (1976). Bajo esa concepción, se haría más eficiente a la microeconomía, dadas las evidentes debilidades del sistema monetario gubernamental tradicional. Su objetivo era presentar al dinero como una mercancía que, de forma similar a los restantes bienes existentes en un mercado, pudiera ser suministrado con mayor eficiencia en la sociedad por el sector privado que por un monopolio estatal.

La férrea crítica y denuncia hecha por Hayek, entre otros muchos pensadores del siglo pasado, podría considerarse influencia determinante en la corriente que a comienzos del siglo XXI irrumpiría con la creación del concepto de las criptomonedas como mecanismo dirigido, según algunos, a emancipar a la sociedad del “yugo del Estado soberano en materia monetaria”, representando ello una muestra más del impacto que tiene la tecnología en la civilización actual.

Entre esos pensadores, según el inglés Beat Weber, se encuentran los creadores del bitcoin (Satoshi Nakamoto¹) a quienes puede catalogarse de *anti-establishment*, en el sentido de que su intención era la de que éste operara al margen del monitoreo gubernamental.

Fue así como Satoshi Nakamoto, con ocasión al lanzamiento del bitcoin en el año 2008 señaló que, en los países en vías de desarrollo, por lo general, gobiernos corruptos o incompetentes cuando necesitan recursos financieros instruyen a sus bancos centrales la impresión de dinero y luego se benefician de la diferencia entre el costo de emisión y el valor nominal de la moneda. En esos escenarios, el incremento de circulante erosiona el valor de la moneda, haciendo que los ricos movi-licen su dinero a economías más estables, en tanto que los pobres que no tienen la misma opción, vean perder el valor de su dinero.

¹ Pseudónimo del individuo o grupo de expertos que se atribuyen la creación del Bitcoin.

En ese mismo sentido, el abogado norteamericano Nick Szabo, creador de los llamados “contratos inteligentes”, considerado también parte de los “Cypherpunks”, señaló que

“Todo dinero creado por el hombre ha encerrado un margen de inseguridad de una u otra manera” (...). Tal inseguridad se manifiesta de muy diversas maneras desde la falsificación hasta el robo, pero quizá la expresión más perniciosa de esa inseguridad es la inflación”².

Frente a aquel ambiente, caracterizado por turbulencias, en el que avanzaba el dinero fiduciario, resulta de especial relevancia el enfoque que le ha dado el economista venezolano Moisés Naím a la degradación que en su opinión viene experimentando el poder en las últimas décadas, teniendo en cuenta que el dinero es quizá uno de sus más claros símbolos, como lo sostenía desde antiguo Aristóteles al referirse a la riqueza en su obra “La Política”.

El economista venezolano al hacer aquellas reflexiones en “El fin del poder” (2014), parte de la concepción del poder como la capacidad de lograr que otros hagan o dejen de hacer algo. Precisamente, hay algo o mucho de eso en el dilema que encierra la aparición de las criptomonedas en el mundo actual.

Las criptomonedas concebidas como activos digitales diseñados para trabajar como medios de intercambio que usan criptografía para darle seguridad a sus transacciones, controlar la creación de nuevas unidades y verificar su transferencia, funcionan sin respaldo físico, en tanto su aval es la seguridad que ofrece el sistema bajo el cual operan (blockchain) y la confianza que tienen los usuarios en su posible intercambio futuro por bienes, servicios y monedas tradicionales. En este sentido, las partes intervinientes en cada transacción deben libremente otorgarle valor y aceptar dicho medio de pago en cada oportunidad en que las empleen.

Es así como el sustento de las criptomonedas no es otro que el acuerdo de voluntad que se concreta a través de contratos inteligentes suscritos entre quienes deciden adherirse al sistema de la blockchain, en

² Don Tapscott y Alex Tapscott. *Blockchain Revolution*. Nueva York, Random House LLC, 2016, p. 37.

el que se reconoce a la criptomoneda que en ella opere como un activo con un valor que deviene de su oferta y demanda. Ese activo, sin embargo, trasciende la virtualidad de la blockchain, en tanto es empleado, entre otros, para la adquisición de bienes y servicios, su conversión en dinero fiduciario o su intercambio por otras criptomonedas, por lo que respecto de ellas pueden registrarse consecuencias jurídicas, ganancias o pérdidas para sus titulares, traducándose en medios de intercambio, unidades de valoración e instrumentos de inversión.

Respecto del bitcoin que es la primera y verdadera criptomoneda, según la abogada Aleksandra Bal, Manager en el IBDF, para el año 2011 había 6,5 millones de unidades circulando entre 10,000 usuarios. En 2013 (Dic) cada bitcoin se cotizaba en US\$ 600 y excedían en número los 12 millones. Para junio de 2018, se estima que un total de 17.1 millones de bitcoins se encuentra en circulación, distribuidos entre unos 22 millones de *wallets* y entre 2.9 a 5.8 millones de usuarios (Cambridge University). La cotización del bitcoin llegó a alcanzar US\$ 20.000 por unidad a finales de 2017, cayendo abruptamente a mediados de 2018 a US\$ 6.021,19. Si se toma en consideración a la totalidad de las más de 1600 criptomonedas que se reconocen hoy día en el mercado, CoinMarketCap estima que para el 8 de agosto de 2018 éstas representaban US\$ 227.8 billones.

Frente a esa creciente práctica, a la que muchos califican de afrenta al *status quo*, vale referirse nuevamente a la línea argumental desarrollada por Naim, según la cual,

“El poder se está dispersando cada vez más y los grandes actores tradicionales (gobiernos, ejércitos, empresas, sindicatos, etcétera) se ven enfrentados a nuevos y sorprendentes rivales, algunos mucho más pequeños en tamaño y recursos. Además, quienes controlan el poder ven más restringido lo que pueden hacer con él.

Solemos malinterpretar o incluso ignorar del todo la magnitud, la naturaleza y las consecuencias de la profunda transformación que está sufriendo el poder en estos tiempos. Resulta tentador centrarse exclusivamente en el efecto de internet y las nuevas tecnologías de la comunicación en general, en los movimientos del poder en una u otra dirección o en si el poder ‘blando’ de la cultura está

desplazando al poder ‘duro’ de los ejércitos. Pero estas perspectivas son incompletas. De hecho, pueden enturbiar nuestra comprensión de las grandes fuerzas que están cambiando la forma de adquirir, usar, conservar y perder el poder”³.

Si bien Naím sostiene que la degradación del poder no se debe a la internet ni a las tecnologías de la información en general, en sí mismas consideradas, no por ello deja de reconocerlas como herramientas transformadoras de las expresiones tradicionales de la política, el activismo, la economía y, por su puesto, del poder. Según Naím, se trata de medios que en función de los objetivos perseguidos por sus usuarios impactan positiva o negativamente al poder.

La tecnología en general y la internet como muestra por excelencia de su alcance, representan indiscutiblemente una plataforma libre y muy efectiva para que sus usuarios desarrollen planes en función de sus objetivos personales, que no necesariamente se alinean con los colectivos. He allí, uno de los grandes temores y fuentes de polémica que han encerrado muchos de los avances tecnológicos, entre ellos, la internet y, más recientemente, la blockchain.

Los cambios en la civilización, en numerosas ocasiones, se producen gracias a avances tecnológicos como la internet que, sin lugar a duda, repercuten en la cultura de los seres humanos, configurándose un círculo que en principio puede ser virtuoso, aunque en otros, vicioso.

Según Moisés Naím, esa situación se ha vuelto global, especialmente en las clases medias de los distintos países del mundo, de ahí que se califique a las sociedades como de “rápida transformación”. Existen más personas con acceso a la información y a la tecnología (**Más**), así como mayores posibilidades para su movilización mundial (**Movilidad**), todo lo cual va acompañado de un cambio de mentalidad en virtud del cual, la juventud desafía a la autoridad y al poder (**Mentalidad**).

Ha sido sostenido así que la Generación “Y”, también llamada de los “Millennials”, representa actualmente la más numerosa y con el mayor poder adquisitivo colectivo (US\$ 200 mil millones). Esta generación integrada por los nacidos a comienzos de la década de los ochentas

³ Naím, Moisés. *El fin del poder*. Caracas. Libros El Nacional. Debate. 2014, p. 17.

y hasta comienzos de la década de los dos mil, según una encuesta realizada por Blockchain Capital, en un 30% prefiere invertir su dinero en criptomonedas en lugar de en inversiones tradicionales en bonos, acciones y similares. Si bien no es la mayoría de los integrantes de esa generación, se considera un número representativo y en constante crecimiento.

Ha sido igualmente señalado por especialistas en la materia, que entre los “Millennials” y las criptomonedas existe una propensión a la compatibilidad, por cuanto los integrantes de esa generación prefieren la autonomía frente a la dependencia con la banca, tienen aptitudes respecto del manejo de la tecnología y una actitud rebelde frente al sistema financiero tradicional al cual denuncian por los frecuentes fraudes de que ha sido víctima la generación de los “baby boomers” que la antecede.

A la Generación “Y” le sigue la “Z”, en torno a la cual, como ocurre con los “Millennials”, tampoco existe consenso en cuanto a las fechas de nacimiento con las que se inicia y termina este grupo humano, ubicándose en opinión de la mayoría entre 1995 y 2014. Según Forbes, representa el 25% de la población, siendo más numerosa que el resto de las generaciones sobrevivientes. Se caracterizan por ser independientes y emprendedores. Se debaten entre el estudio formal a alto endeudamiento y el desarrollo de actividades empresariales empíricas e individuales.

Este grupo que recién comienza a incursionar en el mundo laboral y empresarial se considera más propenso aún a participar en el ámbito de las criptomonedas que los “Millennials”, representando una fuerza propulsora de su crecimiento en el mercado comercial y financiero.

El fenómeno de las criptomonedas surgido a la vera de la tecnología informática y más específicamente en la blockchain, es así parte de los cambios experimentados recientemente por la civilización que, por sus características y el entorno, para nada debe perderse de vista por parte de los operadores jurídicos.

Para un importante sector, la industria de los servicios financieros mundiales actuales está plagada de problemas. Es anticuada, entre otros motivos por estar construida sobre la base de tecnología obsoleta que no es compatible con los avances registrados en el mundo digital, todo lo cual la hace lenta y poco confiable. Es excluyente, dejando por fuera

a billones de personas sin acceso a las herramientas básicas del mundo financiero. Es centralizada, lo que la expone a fallas en la data y a muy diversos ataques. Es monopólica y refuerza el *status quo*, bloqueando la innovación.

El desfase en referencia se registra también respecto de la legislación que rige a la materia. Es así como, por ejemplo, se denuncia que actualmente en el estado de Nueva York las leyes relativas a la transmisión de dinero datan de la época de la Guerra Civil (1861-1865) en la que la movilización de dinero se efectuaba a caballo y carretas.

En ese escenario, algunos respaldan la aparición de la blockchain y, especialmente la canalización a través de ella de las criptomonedas. Ello, sin embargo, al igual que toda innovación, ha venido acompañado de adeptos y detractores.

Por primera vez en la historia, más allá de los Estados, individuos abanderados de las redes se han agrupado para solventar o atender problemas globales. Ya no se considera que ciertas materias son competencia exclusiva de los Estados para lograr un nuevo modelo global respecto de ellas. Frente a esa actitud, surge la interrogante de la necesidad de que los gobiernos regulen a la blockchain y a las criptomonedas.

El llamado cybercrimen, el impacto que en los derechos ambientales y sociales supone la puesta en marcha de la blockchain, especialmente en aquellos casos que involucran a la llamada “minería”, las implicaciones que en materia de lavado de dinero y evasión tributaria representa la alternativa de las criptomonedas, así como su eventual impacto en las políticas monetarias a cargo de las autoridades gubernamentales competentes, son tan solo algunos de los temas que llaman a la reflexión en cuanto a la necesidad de que esa materia sea objeto de pronta regulación normativa.

La tecnología es sin duda expresión de avance, pero como toda invención humana debe ajustarse al ordenamiento jurídico existente o éste, frente a la aparición de aquella, ha de tomar las medidas del caso con miras a reconocerla o a frenarla. En cualquier caso, así como las innovaciones tecnológicas no pueden admitirse fuera del contexto en el que han de aplicarse, incluido en él, el Derecho, tampoco puede utilizarse al ordenamiento jurídico como herramienta para obstaculizar caprichosamente su desarrollo. Lo anterior se traduce en un dilema ético

de vieja data que se ha venido registrando cada vez que se produce un hito tecnológico en la humanidad.

La tecnología, permea e interviene en multitud de actividades relacionadas con nuestra manera de vivir, de ahí la importancia de que su uso y no abuso conduzca efectivamente a una mejor vida, para lo que se requiere que su avance no sea descontrolado, en tanto podría terminar arrastrando los principios y valores esenciales de la humanidad.

Una de las herramientas dirigidas a mantener aquel orden y equilibrio la constituye precisamente el Derecho. Un caso como el planteado, que valga observar, no es el único ni el primero, implica simplemente un reto mayor para el Derecho, dada sus particularidades tecnológicas, que no tienen que asumirse como inmanejables. Así como la internet y la blockchain han sido revolucionarias, el Derecho ha demostrado desde sus orígenes ser una de las más depuradas y efectivas expresiones de innovación en la humanidad, capaz de adaptarse en el tiempo y a cualquier escenario. El caso de las criptomonedas insistimos no tiene que ser la excepción.

Entre esas particularidades de la blockchain se encuentra su carácter descentralizado y multijurisdiccional. Es así como en una operación llevada a cabo a través de esa plataforma puede intervenir un comprador residenciado en Estados Unidos, un comprador domiciliado en Venezuela, un servidor ubicado en Noruega y una criptomoneda con ubicación virtual, lo que nos conduce a la llamada globalización, que no es nueva y puede considerarse también como expresión de la atomización del poder en su concepción tradicional.

El proceso de interconexión que implica la globalización, no se produce únicamente entre Estados, sino que también se registra entre individuos, más aún en el auge de las redes sociales y los contratos inteligentes. Ese fenómeno, que trasciende lo político y económico penetra el ámbito cultural, de ahí que sea total o como su propio nombre lo indica, global.

La globalización en el ámbito jurídico supone un proceso de interconexión entre personas en el mundo con efectos sobre el contenido de las normas que regulan sus conductas y relaciones. Esas normas, sin embargo, producto de la naturaleza misma de ese fenómeno, cada vez

proviene menos del seno de los Estados soberanos y más del consenso entre ellos, llegándoseles a llamar “derecho anacional”.

Por otra parte, como señala el jurista venezolano James-Otis Rodner, la globalización produce una influencia internacional fuerte sobre las normas de derecho positivo interno. Debido a esta influencia, el contenido de muchas normas en el derecho positivo interno viene de otros países, o de otras fuentes externas. El paradigma de este proceso son los pasos que se toman para la unificación y homogenización de los sistemas de derecho positivo de diferentes países. La unificación y armonización están reflejadas en los esfuerzos de adopción de leyes modelo, especialmente los realizados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL)⁴.

En ese sentido, algunos han considerado a la Unión Europea, al World Trade Center y al Fondo Monetario Internacional (FMI), como tres posibles instancias a cuyo cargo debe estar la emisión de la normativa reguladora de la blockchain y de las criptomonedas.

Diez años después de la aparición del bitcoin, la mayoría de estas instancias supranacionales se han limitado a señalar que las criptomonedas por su bajo impacto en el mundo de las finanzas no justifican aún una regulación expresa. Han advertido, sin embargo, que el empleo de monedas virtuales debe monitorearse por cuanto de continuar creciendo su presencia ameritará de algún tipo de regulación.

Postura diametralmente contraria han tenido los promotores a ultranza de las criptomonedas quienes resaltan el carácter descentralizado y libre de controles gubernamentales e impuestos que tiene la blockchain, por lo que abogan se mantengan únicamente sujetas a la ley de la oferta y la demanda.

Si bien pareciera indispensable la intervención de las autoridades en esta materia, sean nacionales o multinacionales, no deja de ser cierto que las regulaciones como expresión que son de la intervención proveniente tradicionalmente de los Estados y más recientemente de organizaciones multilaterales, se encuentran desde hace tiempo desprestigiadas, producto de su ineficacia y de la corrupción, encontrando en ello

⁴ Cfr. Rodner, James Otis. *La Globalización. Globalización de la Norma Jurídica*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 101. 2012, p. 214.

terreno fértil los promotores de la blockchain y las criptomonedas para aupar la idea de su falta de regulación.

La mayoría de los pronunciamientos que se han efectuado hasta la fecha respecto del uso de criptomonedas no tiene carácter jurídico, limitándose a comunicados, avisos y respuestas a contribuyentes bajo el formato de preguntas frecuentes. En otros casos, han sido propuestas de proyectos de leyes o reglamentos, que no han adquirido estatus de actos firmes o se han tratado de simples políticas de inversión.

La inmaterialidad del sistema, su carácter descentralizado, el “anónimo” bajo el cual se opera y su condición universal son, entre otros elementos, los que alimentan la tesis de que la blockchain constituye un escenario propicio para evadir el pago de tributos. Para confirmar o rebatir aquella especie, se hace necesario acudir a lo que en ese sentido ha avanzado el Derecho Comparado, así como precisar el posible tratamiento que han de recibir en Venezuela las operaciones que involucran criptoactivos. A esos fines, en el trabajo de incorporación presentado a esta Academia nos abocamos a descifrar la naturaleza jurídica de los criptoactivos, especialmente de las criptomonedas, punto de partida de cualquier intento que pretenda llevarse a cabo para regularlas. En ese sentido se comenzó por efectuar un exhaustivo recuento histórico sobre la evolución del dinero, y su concepción en el ámbito jurídico y económico, con miras a determinar si las criptomonedas encuadran en esa noción. De igual manera se procedió a determinar si las criptomonedas son bienes y que tipo de cosa son, así como si respecto de ellas es posible reconocer la configuración del derecho de propiedad, un derecho real, un derecho de crédito o un derecho patrimonial.

Cumplido aquel objetivo, se estimó igualmente pertinente abordar el tema a la luz de las recientes actuaciones del gobierno nacional con miras a determinar su compatibilidad con lo avanzado en el resto del mundo. A esos fines se procedió también, a la determinación de la naturaleza jurídica del “criptoactivo venezolano PETRO” y a la evaluación de su validez. Finalmente, se incursionó en el ámbito tributario en un esfuerzo por determinar el tratamiento que a nivel nacional recibirían las operaciones que involucren criptoactivos para lo que se partió a su vez de lo adelantado en el Derecho Comparado.

Como fuera anunciado de seguidas presentaremos algunos de los temas jurídicos más relevantes abordados en el referido trabajo de incorporación lo que insistimos se hará de manera parcial, resumida y apuntando a algunas de las conclusiones alcanzadas.

II) NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CRIPTOACTIVOS

A) Criptomonedas. Especial referencia al caso del bitcoin

Partiendo del hecho de que las criptomonedas son invenciones que encuentran utilidad y adquieren valor entre un grupo de sujetos dispuestos a reconocerlas como tales (peers en la blockchain), pareciera posible encontrar en ellas las notas características de las cosas o bienes.

En función de los diversos criterios de clasificación de los bienes, las criptomonedas y especialmente el bitcoin pueden considerarse cosas incorpóreas, privadas, patrimoniales y divisibles.

Más complicada resulta la clasificación de las criptomonedas como bienes muebles o inmuebles, en tanto respecto de los bienes incorporales (derechos, obligaciones y acciones) el criterio de la movilidad utilizado para distinguirlos bajo aquella categoría resulta inaplicable de manera directa, teniendo que aplicarse de forma mediata, en función de la naturaleza de su objeto.

Los derechos suponen la existencia de un objeto, o sea, de una entidad sometida al señorío o poder del titular del derecho, que le sirve de medio para alcanzar sus fines. El derecho es una cosa incorpórea, que a su vez recae sobre un mueble o un inmueble, lo que lo califica al derecho de bien mueble o inmueble por su objeto.

Bajo aquella línea de razonamiento, con miras a arribar a una conclusión en torno a la naturaleza jurídica de las criptomonedas y más específicamente a la posibilidad de su clasificación como bienes muebles o inmuebles, resultaba necesario determinar previamente la posibilidad de reconocerlas como objeto del derecho de propiedad.

De existir un derecho de propiedad, este calificaría como bien y su clasificación como mueble o inmueble dependería de la naturaleza de su objeto (bitcoin). Sin embargo, esta línea de argumentación se anticipa inútil en tanto el objeto de ese derecho es, a su vez, otro intangible

que además existe únicamente en el mundo virtual representado por la blockchain. En todo caso, sigue siendo pertinente la determinación de la configuración o no del derecho de propiedad respecto de las criptomonedas, asunto este al que nos abocaremos de seguidas.

Si bien en el Derecho Romano la propiedad se circunscribió a los derechos materiales (corporales), en la actualidad, se ha ampliado considerablemente el radio económico del derecho, hasta abarcar los bienes inmateriales (cosas incorpóreas).

La existencia del derecho de propiedad sobre bienes inmateriales es reconocida prácticamente de manera unánime dada la presencia de elementos como la absolutividad, exclusividad, naturaleza patrimonial, posibilidad de enajenación e integradores del dominio. No obstante, persiste la tesis de que se trata en todo caso de una propiedad que sólo recae sobre cierto tipo de bien incorporeal, como ocurre con los derechos de autor y del inventor. De allí, que haya sido necesario dictar leyes especiales que los regule a pesar de la existencia de los Códigos Civiles.

Quizá la aparición de las criptomonedas obligue a ampliar la concepción y régimen de la propiedad común como ocurrió en su momento con la propiedad industrial, con el objeto de darles mejor cabida, sin que con ello neguemos la posibilidad de considerarlas objeto de aquel derecho.

En primera instancia puede pensarse que las criptomonedas no sólo son incorporeales, sino también carentes de valor intrínseco, en tanto en sí mismas no encierran un derecho de crédito, como ocurre, por ejemplo, con un título valor desmaterializado, ni cuentan con un sujeto contra el cual reclamar contraprestación alguna, como si puede ocurrir con el papel moneda que a pesar de no tener valor en sí mismo da un derecho frente a su emisor por efecto del ordenamiento jurídico. No obstante ello, las criptomonedas adquieren valor según sean demandadas por agentes económicos dispuestos a transar con ellas, resultando posible reconocer un derecho de propiedad *sui generis* respecto de las mismas.

Según Dax Hansen y Joshua Boehm, entre los desafíos que supone el tratar al bitcoin como un bien susceptible de constituirse en objeto del derecho propiedad vale señalar los siguientes: i) pseudoanonimato, ii) número limitado de tipos de propiedad (“*numerus clausus*”),

iii) arreglos de múltiples firmas y, iv) Limitaciones de rastreabilidad⁵. No obstante esas particularidades, Hansen y Boehm reconocen la existencia de un derecho de propiedad respecto de las criptomonedas.

En ese mismo sentido, el jurista español Javier González señala que a tal punto es posible reconocer respecto de las criptomonedas un derecho de propiedad que, no plantea duda su donación o su inclusión en la masa hereditaria, así como el que puedan ser objeto de prendas y de usufructos.

En nuestra opinión es posible reconocer la configuración de un derecho de propiedad respecto del bitcoin y las criptomonedas en general, sin que con ello desconozcamos la conveniencia de regularla a nivel normativo de manera expresa, como en su momento ocurrió con la Propiedad Industrial⁶, para evitar así complicaciones dadas las evidentes particularidades que registra.

Habiendo arribado a aquella conclusión y volviendo a la calificación del derecho como un bien incorpóreo que califica de mueble o inmueble por su objeto, según a su vez se califique a las criptomonedas dentro de aquellas categorías, insistimos en la dificultad que encierra este esfuerzo, por no decir que se torna inútil.

En ese sentido, vale formularse las siguientes interrogantes. ¿Partiendo del hecho de que el bitcoin se mantiene en la blockchain, cambiando simplemente de titular, ese cambio de direcciones permite

calificarlo de mueble o, por mantenerse en la blockchain ha de considerarse inmueble? ¿La movilidad a la que refieren las teorías clásicas para calificar a los bienes de muebles o inmuebles resulta aplicable a bienes que como el bitcoin, al ser incorpóreos, no son realmente susceptibles de ser trasladados físicamente de un sitio a otro?

A la luz de los criterios para la calificación de bienes en muebles e inmuebles y a las categorías que respecto de ellos existen, pareciera más factible enmarcar a las criptomonedas en la de bienes muebles partiendo de la transferencia que de ellas se hace de una dirección a otra

⁵ Dax Hansen, J y Boehm, Joshua, Treatment of Bitcoin under U.S. Property Law. 2017, pp. 14-18.

⁶ Artículo 446 CCV: El producto o valor del trabajo o industria lícitos, así como las producciones del ingenio o del talento de cualquier persona, son propiedad suya, y se rigen por las leyes relativas a la propiedad en general y las especiales sobre las materias.

en la blockchain. Debería, sin embargo, mediar disposición expresa de ley al respecto, para zanjar las justificadas diferencias de criterios que sobre la materia pueden existir.

A.2. ¿Es el bitcoin, un derecho real o derecho de crédito?

El derecho real es aquel derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa determinada, sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado, y que impone asimismo y, a veces, cuando se trata de derechos reales limitados, un “hacer” o un “no hacer”, probablemente conectado a un soportar⁷.

Si bien se admite pacíficamente, hoy día, la existencia de derechos reales sobre bienes incorporales, no menos verdad es que la doctrina exige a esos fines **la determinación y especificidad de la cosa**. Bajo esa teoría clásica no es posible considerar la existencia de derechos reales que tengan por objeto cosas incorpóreas genéricas. Si bien la relación entre las criptomonedas y sus titulares pareciera encuadrar perfectamente en la noción de derecho real, sería necesario tener certeza en cuanto a la calificación de las criptomonedas como bienes específicos, aunque fungibles. Según algunos especialistas, el bitcoin no es fungible, por lo que no es una cosa genérica. De ser ello así, entonces sería posible considerarlo objeto de un derecho real. En nuestra opinión, tal calificación es dudosa por cuanto por más que cada criptomoneda es un algoritmo irrepetible que permite identificarla y hace factible su trazabilidad, la modalidad de operación de la blockchain no permite disponer de una criptomoneda en específico, premeditadamente seleccionada, todo lo cual a los efectos que aquí nos ocupa pareciera acercarla a una cosa genérica. De ser ello así, no sería posible su calificación como objeto de un derecho real, según la comentada concepción clásica.

Más clara pareciera la imposibilidad de calificar la titularidad del bitcoin como un derecho de crédito, en tanto, no implica la existencia de un tercero frente al cual pueda exigirse el cumplimiento de una obligación. El derecho de crédito es, necesariamente, una relación entre personas determinadas (acreedor y deudor). El derecho del acreedor no recae directamente sobre la cosa.

⁷ Roca Sastre, Ramón María. *Derecho Hipotecario*. Editorial Bosch, Barcelona, 1948, Tomo II. p. 100.

Quien tiene la propiedad de un bitcoin, no tiene el derecho a exigir de un tercero contraprestación alguna. Es ésta una de las grandes diferencias que existe entre las criptomonedas y los títulos valores o títulos de crédito, mientras estos instrumentos especiales llevan incorporado un determinado derecho patrimonial (pagarés, letras de cambio, cheques), con las criptomonedas no ocurre lo mismo. El título valor contiene una promesa unilateral (del deudor) de efectuar una prestación, lo que no ocurre en el caso de las criptomonedas, de ahí que no sean equiparables a un título valor.

Al respecto señala el experto mexicano Gómez Rodríguez que, un título de crédito siempre tiene una cantidad cierta que se obliga a cubrir quien lo suscribe, lo que no se cumple con el *bitcoin* que no cuenta con una cantidad cierta ni determinada, ya que el valor del *bitcoin* es variable y, decimos nosotros, no depende de un substrato o colateral.

Bajo la concepción clásica de los derechos reales y de crédito, luce claro que respecto de las criptomonedas no es posible reconocer la existencia de un derecho de crédito. Situación más controversial es la que se presenta respecto a la configuración de un derecho real dada la polémica que puede existir en cuanto a su carácter de bienes incorpóreos genéricos o específicos.

Frente a la complejidad que encierra el tema, pudiera resultar interesante rescatar la Tesis de los **Derechos Patrimoniales** que comenzó a ser revisada por el profesor S. Ginossar (*Droit Réel, Propriété et Créance Lib. Gérenale de Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1960), citado por Kummerow.

Según Kummerow, para Ginossar,

“... el derecho de propiedad no es un derecho real, en el sentido de que no puede configurarse en el mismo rango del usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres. El derecho de propiedad constituye una categoría especial de los derechos patrimoniales, con fisonomía distinta que incide sobre un complejo de intereses económicamente valorables”⁸.

⁸ Kummerow, Gert. *Compendio de bienes y derechos reales (Derecho Civil II)*. Tercera Edición. Caracas. Ediciones Magon. 1980. p. 119.

Bajo ese enfoque pudiera llegar a decirse que el derecho de propiedad que tiene por objeto criptomonedas califica como un derecho patrimonial. Las criptomonedas son así bienes patrimoniales.

A.3. ¿Es el bitcoin dinero?

A.3.1. Dinero en sentido legal

Otro tema que ha sido polémico desde la aparición de las criptomonedas es el relativo a su equiparación o no al dinero.

Desde el punto de vista legal, el dinero ha de cumplir con 3 requisitos esenciales: a) estatus de curso legal, b) manejo centralizado y c) presencia física o material.

El dinero es de curso legal cuando el Estado ha reconocido que a través de esa moneda se puede pagar válidamente una obligación. Su presencia en el mercado es controlada por el Banco Central o la Reserva Federal del país de que se trate.

Debido al carácter descentralizado e intangible de las criptomonedas, éstas no califican como dinero legal. La razón fundamental para negarles aquel carácter a las criptomonedas es su falta de reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico de los estados como monedas de curso legal.

A nivel mundial puede sostenerse que de manera bastante uniforme se desconoce a las criptomonedas carácter de dinero bajo su concepción jurídica.

A.3.2. Dinero en sentido económico

El mundo del Derecho no coincide necesariamente con el económico, aun cuando uno tome en cuenta al otro. Lo que para el ordenamiento jurídico es dinero no necesariamente lo es para los economistas y viceversa.

Los economistas consideran al dinero como un sistema de información para valorar, registrar y mantener la pista de transacciones económicas. Es un medio de intercambio, que evita los problemas propios del trueque. Por otra parte, el dinero permite: un sistema de registro contable a través de unidades numéricas; medir el valor de bienes y servicios; así como, hacer ofertas en el mercado entre comparables. A

esos fines, para el dinero ser reconocido como tal, tiene que ser divisible más allá del decimal y proveer una medida de valor relativo que pueda ser fácilmente comprensible casi de manera intuitiva, de forma tal que los usuarios puedan entenderlo como legítimo.

En lo que respecta al extremo de “ser capaz de preservar su valor” que debe cumplirse para poder calificar a algo de dinero, señala Gómez Rodríguez que

“La función como almacén de valor que permita transferir la capacidad para comprar bienes y servicios a lo largo del tiempo pudiera actualizarse mientras el bitcoin sea aceptado como medio de pago, con la limitante que el mercado en el que es aceptado es muy pequeño en comparación con la economía mundial, además que debido a su volatilidad puede cotizarse en el futuro a un precio inferior al que se adquirió, por lo tanto, la inversión se depreciaría. La única función que pudiera coincidir con la función del dinero es la de intercambio ya que el bitcoin es aceptado a cambio de bienes y servicios”⁹.

Al respecto señala adicionalmente Aleksandra Bal, que el dinero aún en sentido económico debe operar como almacenamiento de valor para gastos futuros, es decir, debe ser capaz de conservar su valor y tender a revalorizarse en el tiempo.

Se considera que la moneda virtual tiene serias debilidades para cumplir con ese extremo en tanto sólo lo logra atado al comportamiento de monedas tradicionales.

Es así como la posición mayoritaria a nivel mundial es la de desconocerle al bitcoin y a las criptomonedas en general carácter de dinero desde el punto de vista económico.

B) Naturaleza jurídica del PETRO

B.1. Consideraciones preliminares

A partir del 8 de diciembre de 2017 el gobierno nacional inicia con la publicación del Decreto N° 3.196 en *Gaceta Oficial de la República*

⁹ Gómez Rodríguez, C. *Bitcoin: problemas reales*. En: E. Téllez Carvajal (C), ed.1, Derecho y TIC. Vertientes Actuales, 1st ed. [online] México: UNAM. (2016), p. 277. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4065-derecho-y-tic-vertientes-actuales>

Bolivariana de Venezuela N° 6.346 de igual fecha, una campaña de promoción de las criptomonedas en el país, tanto en los que respecta a su utilización en operaciones comerciales como en cuanto a su minado. A la par de aquella iniciativa, se introduce la idea de la creación de criptoactivos venezolanos respaldados en recursos naturales reservados por el Estado (petróleo, oro, diamantes, coltán, etcétera.), invención esta cuya autoría se atribuye a Hugo Chávez Frías.

Si algo ha caracterizado a los primeros pasos dados por el gobierno nacional en la implementación del primero de los criptoactivos venezolanos, el PETRO, ha sido la confusión. Las declaraciones emitidas por altos personeros del Poder Ejecutivo, los actos jurídicos por ellos dictados, que no sólo han resultado ambiguos, sino también, contradictorios, han atentado contra la seguridad jurídica que una medida de este tipo demanda. Aquel escenario se ha visto agravado, al tratarse de medidas que tienen como soporte originario los inválidos Decretos de Declaración de Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional y actuaciones de una Asamblea Nacional Constituyente cuestionada por su origen y desempeño.

Más allá de lo señalado, el factor decisivo en la inviabilidad de llevar a cabo válidamente aquella iniciativa, lo constituye el inconstitucional respaldo en yacimientos petroleros que se ha conferido al supuesto “criptoactivo”, así como el endeudamiento que en su versión original suponía que no contaba con la aprobación de la Asamblea Nacional.

En medio de las demoras y obstáculos que ha supuesto la implementación de aquella iniciativa, en alocución presidencial del 17 de agosto de 2018, Nicolás Maduro anunció la utilización del PETRO como “Unidad de Cuenta Fluctuante”, es decir, como una simple medida acordada para expresar cuantitativamente los salarios y el precio de bienes y servicios de una manera uniforme y ajustable en el tiempo, específicamente para fijar el precio de cincuenta (50) bienes y servicios prioritarios (Plan 50) y la escala salarial. A tales fines el PETRO equivale al precio de un barril de petróleo expresado en Bolívares Soberanos a la tasa de cambio de referencia del día de que se trate.

Once meses después de haberse dictado el Decreto N° 3.196, específicamente el 1° de octubre de 2018, el gobierno nacional anunció el formal arranque del PETRO como criptoactivo. A esos fines fue

aprobado y publicado la por la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP) un *Whitepaper*, bajo el slogan “PETRO. Hacia la revolución digital económica”. Dicho instrumento supone variantes respecto de la figura del PETRO que no necesariamente son consistentes con la normativa previamente dictada, todo lo cual incrementa las dudas registradas sobre dicha polémica invención.

B.2. El PETRO y las criptomonedas

Resulta de especial significación, por los efectos que de ello derivan, descifrar si el PETRO califica de criptomoneda, pero, más allá de esa consideración, resulta más relevante aún intentar arribar a una posición en torno a su naturaleza jurídica, en tanto al igual que lo afirmamos respecto de las criptomonedas, de ello dependerá su régimen jurídico e incluso la determinación de su validez.

En relación a las criptomonedas, puede sostenerse que son medios digitales de intercambio que, a diferencia de las monedas emitidas por gobiernos y bancos centrales, se generan con la resolución de problemas matemáticos basados en criptografía¹⁰.

“Las criptomonedas son activos digitales diseñados para trabajar como medios de intercambio que usan criptografía para darle seguridad a sus transacciones, para controlar la creación de nuevas unidades y para verificar la transferencia de éstos”¹¹.

Hechas las consideraciones anteriores, procederemos a contrastar al PETRO con dicha figura.

Después de haberse paseado el Ejecutivo Nacional por la idea de manejar al PETRO a través de *blockchains* como Ethereum y NEM, terminó creando su propio sistema de cadena de bloques que operará el bloque génesis del algoritmo X11 que involucra 11 rondas Hash, cuya unidad de moneda será 01 Petro y contará con el tipo de verificación de bloque POW y Proof of Stake. De acuerdo a los detalles técnicos de la *blockchain* diseñada y administrada por el gobierno nacional publicados en el *Whitepaper*, el PETRO no es minable.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ White Paper publicado provisionalmente en la página web de la SUPCACVEN, p. 8.

Entre las principales diferencias que puede observarse entre el PETRO y las criptomonedas, podemos señalar las siguientes:

- Mientras el PETRO se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano mediante una serie de decretos presidenciales y “constituyentes”, las criptomonedas no se encuentran reguladas expresamente en instrumentos normativos vinculantes dictados por autoridades gubernamentales, sino a través de *Whitepapers* y contratos inteligentes.
- Mientras la emisión e intercambio del PETRO estará centralizada en el Estado venezolano, las criptomonedas se caracterizan por estar descentralizadas, al margen de las autoridades gubernamentales y operan de manera autónoma.
- Mientras la emisión de criptomonedas como el bitcoin es limitada, en tanto existe un número finito de monedas susceptibles de ser emitidas (21 millones), pareciera que el emisor del PETRO tiene una limitación relativa. Si bien el *Whitepaper* emitido por la SUNACRIP señala que habrá tantas emisiones a como haya lugar con relación a las reservas fijadas como respaldo principal, en un lapso de diez años y que cada emisión tendrá una cantidad finita, no se explica cómo operará aquella correlación entre unidades emitidas y reservas certificadas, lo que termina relativizando el carácter finito que pretende dársele, además que podrá ir aumentando a medida que se decida ampliar el “respaldo”.
- Mientras el PETRO está respaldado en yacimientos petroleros, en las criptomonedas no existen tales sustratos, dependiendo su valor exclusivamente de la confianza que genere entre los suscriptores del sistema blockchain. Aun señalándose la existencia de aquel respaldo respecto al PETRO, sigue sin quedar clara la manera en que éste opera, a diferencia de la evidente invalidez que el mismo encierra.
- Mientras el mercado de criptomonedas gira en torno a las reglas de la libre oferta y demanda sustentadas en la confianza, el mercado del PETRO se verá claramente incidido por el intervencionismo del Estado, quien se compromete a promoverlo e incluso ha anunciado el condicionamiento de la venta de ciertos bienes y las prestaciones de servicios por parte del Estado al uso del PETRO.

- Mientras una de las bondades que se reconocen a las criptomonedas es la economía que encierran en comparación con el sistema financiero clásico, en el caso del PETRO aquella nota no pareciera estará presente, al punto que se prevé el cobro de altas tasas administrativas (5%) por su liquidación en cualquier divisa.
- Finalmente, y como más adelante se resalta, al menos conforme al artículo 4 del Decreto N° 3.196, el PETRO pareciera imponer la obligación en cabeza de su emisor de la entrega de un barril de petróleo al mediar un respaldo físico representado por un contrato de compra-venta de ese commodity o de cualquier otro que decida la Nación. Si bien sobre ese tema no alude el *Whitepaper*, aquella disposición, vigente y contenida en un Decreto Presidencial, implicaría una obligación del emisor del PETRO frente a su titular lo que no es propio de las criptomonedas.

A pesar de la existencia de estas notas diferenciadoras entre el PETRO y las criptomonedas, no dejan de tener ciertos puntos de coincidencia que con el pasar del tiempo han ido aumentando, sólo que de manera extrajurídica. Resulta pues dudosa la calificación del PETRO como criptomoneda tradicional, tema este que habrá que continuar monitoreando producto de la inestabilidad que ha caracterizado su tratamiento normativo por el gobierno nacional.

B.3. PETRO – Divisas

Según la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Carta Circular N° 29 de fecha 26 de marzo de 2014, suscrita por Gerardo Hernández Correa bajo el título “Riesgos de las operaciones realizadas con monedas virtuales”, el bitcoin no es una divisa a la luz de los criterios del Fondo Monetario Internacional (FMI), en tanto no cuenta con el respaldo de los bancos centrales de otros países, por lo que tampoco cuenta con poder liberatorio ilimitado para la extinción de obligaciones.

En el caso venezolano bajo esa visión y habiéndose derogado la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos en la que existía un concepto de divisa relativamente más amplio que el admitido por el FMI, tampoco parece posible equiparar al PETRO a una divisa.

B.4. El PETRO y el dinero

Según las afirmaciones efectuadas por el Presidente de la República en el Decreto N° 3.196, por la SUNACRIP en el *Whitepaper* aprobado el 1° de octubre de 2018 y por la ANC en su “Decreto Constituyente” del 4 de abril de 2018, el PETRO constituye un medio de intercambio, una divisa internacional y un criptoactivo susceptible de intercambio con el dinero fiduciario. A la luz de aquellas afirmaciones y de los posibles usos y destinos que puede llegar a tener el PETRO, entre ellos, su empleo como medio de pago, resulta pertinente cotejarlo con el dinero, con miras a determinar si es posible catalogarlo de tal bajo su concepción jurídica.

“En un sentido clásico, dinero es lo que el Estado define como tal. En Venezuela, bajo la concepción clásica, dinero es sinónimo de moneda de curso legal. La función del dinero como medio de pago significa que el dinero es todo aquello que, con un fundamento legal, sirve como un medio de pago de una obligación pecuniaria. De lo cual (aun cuando parezca tautológico), el acreedor recibe dinero, si puede usar lo que recibe como dinero”¹².

El dinero es un activo que permite, entre otras, dar cumplimiento a las llamadas obligaciones pecuniarias¹³. Para que el dinero cumpla con ese cometido, su aceptación por parte del acreedor debe ser obligatoria, salvo que medie entre él y su deudor un acuerdo en sentido contrario que permita el empleo de un medio de pago distinto. Como ya señalamos, cuando el ordenamiento jurídico vigente en un país reconoce aquel carácter al dinero, se le califica de moneda de curso legal.

En el caso venezolano, el artículo 318 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) reconoce como unidad monetaria al bolívar. Dicha norma contempla adicionalmente la posibilidad de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, para lo cual la República habrá de suscribir el tratado correspondiente. En ese sentido podría señalarse, como ejemplo, la adopción del “Sucre”.

¹² Rodner, James-Otis. El dinero. *La inflación y las deudas de valor*. Caracas, Editorial Arte, 1995, p. 190.

¹³ En dinero efectivo (billetes y monedas).

Dada la existencia de la norma constitucional citada luce claro que el bolívar es la moneda de curso legal en Venezuela, no siendo posible su sustitución por alguna otra, aun cuando si su coexistencia con monedas autorizadas en el ámbito latinoamericano.

Partiendo entonces de la concepción del dinero como aquel reconocido por el ordenamiento jurídico como de curso legal y, siendo éste en Venezuela el bolívar, mal puede catalogarse al PETRO de dinero desde el punto de vista jurídico.

El PETRO no es una de aceptación obligatoria por parte de los acreedores, salvo que esa haya sido la convención original o subsiguiente entre las partes de la relación jurídica. En tal virtud, el PETRO no cumple con los extremos propios del dinero legal a las que aquí nos hemos referido. Ese extremo no se cumple por el hecho de que el Estado lo imponga de hecho respecto de determinadas operaciones comerciales o servicios públicos.

B.5. El PETRO como bien

Con independencia de la diversidad de papeles que el PETRO pueda llegar a jugar (inversión, intercambio, medio de pago), no ha de perderse de vista que se trata de un instituto único, con una sola naturaleza jurídica, que persiste más allá del empleo particular que se le dé y de las diferentes relaciones jurídicas que de cada uno de ellos derive.

A efectos de arribar a una posición respecto de la naturaleza jurídica del PETRO en el ordenamiento jurídico venezolano, debemos comenzar por analizarlo desde el mismo momento de su emisión, lógicamente sin perder de vista el destino que le sea conferido.

La mayor dificultad que se presenta a estos fines es la inconsistencia que registra la normativa hasta ahora dictada y el contenido del *Whitepaper* aprobado por el Presidente de la República el 1° de octubre de 2018. Mientras en el primero se alude a un respaldo físico del PETRO representado por un contrato de compra-venta de un barril de petróleo por cada criptoactivo emitido, en el segundo, no se hace referencia a obligación alguna en cabeza de la República frente al tenedor del PETRO.

A su vez, el Decreto N° 3.196 establece en su artículo 5° que el tenedor del PETRO podrá realizar el cambio de su valor de mercado por otro criptoactivo, otra criptomoneda o en bolívares al tipo de cambio publicado por la casa de intercambio de criptoactivo nacional. Ello, sin embargo, no necesariamente supone exista el derecho en cabeza del tenedor del PETRO de exigirle en cualquier momento a la República el cumplir con una obligación de aquel tipo.

Dada la falta de claridad sobre este tema en concreto, resulta necesario evaluar los dos escenarios posibles.

B.5.1. Decreto N° 3.196

A la luz de aquel decreto, en torno al PETRO nace una relación jurídica de la que son sujetos su emisor y su titular, aspecto este que lo aparta claramente de criptomonedas como el bitcoin, en las que no hay un sujeto de derecho que las emita. En esa relación, la República se compromete a respaldar físicamente a cada PETRO con un contrato de compraventa de un barril de petróleo. No queda del todo claro, sin embargo, si adicionalmente la República asume el compromiso de cambiar al PETRO en bolívares de así requerirlo su tenedor o si ello sólo es posible mediante su venta a través de los exchanges.

En caso de que pueda afirmarse el PETRO deviene en una relación jurídica entre su emisor y su tenedor, éste sería titular de un derecho contra la República.

Entre los derechos se encuentran los patrimoniales, entendidos como aquellos derechos individuales cuyo contenido es eminentemente pecuniario, en forma directa o indirecta. Se trata entonces, de derechos que forman parte del activo patrimonial de las personas y que, como tales, son susceptibles de enajenación, de gravamen, es decir, de disposición económica por parte de su titular. Los derechos que resultan de esta clase de relaciones suelen clasificarse por los autores en dos grandes grupos: derechos reales y derechos personales, a los que se agregan, por algunos, los derechos universales y los derechos intelectuales¹⁴.

¹⁴ Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Quinta Edición. Colombia, Legis, 2004, p. 45.

Hechas las consideramos anteriores en cuanto a derechos reales y derechos de crédito y, partiendo, bajo el escenario analizado, que el poseedor de un PETRO se hará titular de un derecho subjetivo o personal frente a su emisor, que además de ser incorpóreo estará vinculado con un bien mueble, esto es, la posibilidad de su conversión en bolívares o en un barril de petróleo, todo da a entender su calificación como bien mueble.

Habiendo arribado a la conclusión de que el PETRO es un bien mueble por su objeto, resulta conveniente dar un paso hacia adelante con miras a ubicarlo, de ser ello posible, en una especie de aquellos, asunto este al que nos abocaremos de seguidas.

Dado el tipo de relaciones jurídicas que derivan del PETRO, la primera figura que podría venirnos a la mente es la de los títulos valores.

“El título valor contiene una ‘promesa unilateral’ (del deudor) de efectuar una prestación; es decir, encierra la asunción de una obligación hecha por medio de un negocio jurídico unilateral (no-recepticio¹⁵) ... y, sin embargo, ‘vinculante e irrevocable’. De tal promesa deriva un deber a cargo del promitente y un derecho del acreedor”¹⁶.

Sostiene el jurista venezolano Hugo Mármol Marqués que en un título-valor clásico existe un derecho incorporado. Además, se caracteriza por la literalidad. El título-valor es abstracto; y su utilización no causa novación. Las obligaciones que por él se adquieren son autónomas entre sí (autonomía) y su regulación siempre tiene en miras su negociabilidad¹⁷.

Como fue señalado, en el caso del PETRO, conforme al Decreto N° 3.196 existe una promesa unilateral por parte de su emisor. Tal promesa consiste en efectuar una prestación (entregar un commodity o eventualmente una cantidad de bolívares), en virtud de un negocio jurídico unilateral no recepticio. Esa obligación está sujeta a unos términos

¹⁵ Es aquél en el que la declaración de voluntad que alberga es eficaz por el simple hecho de su emisión, sin que sea necesario su comunicación o notificación a ninguna persona.

¹⁶ Kummerow, Gert. Op. cit, p. 40.

¹⁷ Mármol Marquis, Hugo. *Fundamentos de Derecho Mercantil. Títulos Valores*. Caracas, p. 18.

y condiciones precisos y respecto de ella se hace acreedor el adquirente o titular del instrumento que la representa.

Una diferencia entre el PETRO y los títulos valores clásicos, es indudablemente su inmaterialidad, diferencia esta que nos conduce a la figura de los llamados Títulos Valores Impropios, en la que pareciera encuadrar perfectamente el PETRO.

B.5.2. *Whitepaper*

No obstante lo anterior, la lectura del *Whitepaper* publicado el 1° de octubre de 2018, hace dudar respecto de lo anterior, en vista de que nada se dice sobre la posibilidad para su tenedor de exigirle a la República la compra del PETRO o el cumplimiento de alguna contraprestación, sino que simplemente alude a la posibilidad de su venta en los exchanges.

De no mediar obligación de la República, el PETRO se asemejaría un poco más a una criptomoneda, caso en el cual pudiera llegar a sostenerse se trataría de un bien patrimonial, un derecho patrimonial, sólo que no del tipo de los títulos valores.

C) Invalidez del PETRO

C.1. Fundamento normativo

La normativa hasta ahora dictada sobre el PETRO se fundamenta, por una parte, en los decretos de estado de excepción y emergencia económica y, por la otra, en actuaciones de la ANC, ambos cuestionados en cuanto a su validez con total fundamento, lo que resulta suficiente para declarar la nulidad que embarga a su vez al supuesto “criptoactivo”.

Los decretos que han declarado estados de excepción y emergencia económica en territorio nacional carecen de validez al no haberse cumplido respecto de ellos los extremos constitucionales y legales para su formación y aprobación, entre ellos, el ser aprobados por la Asamblea Nacional.

Por otra parte, resulta un absurdo que una medida que como su propio nombre indica es excepcional, pueda implementarse válidamente de manera continua por más de dos años. De forma tal que el empleo

de este estado de excepción y emergencia económica para dictar medidas como las relativas a los criptoactivos, especialmente, respecto del PETRO, no pueden considerarse válidas.

En cuanto a las actuaciones de la ANC sobre la materia, éstas resultan igualmente inválidas al haber sido aquella ilegítimamente “convocada” por el Presidente de la República en usurpación de la voluntad del pueblo, único depositario del poder constituyente originario, todo en contravención del artículo 347 de la Carta Magna.

Adicionalmente la ilegitimidad de la ANC deviene de la imposición unilateral por el Presidente de la República de las bases para la convocatoria y funcionamiento de la ANC.

Aquella ilegitimidad no sólo deriva de su origen, sino también, de su desempeño, en tanto la decisión adoptada por la ANC y avalada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de considerar que sus poderes son plenipotenciarios y supraconstitucionales son igualmente contrarios al Texto Fundamental. Un poder constituyente derivado sólo tiene capacidad para la reforma constitucional pero no para derogar la Constitución ni para legislar.

Más allá de la redacción y discusión de un proyecto de nueva Constitución, la ANC –en abierta inconstitucionalidad– ha dictado una serie de actos que han pretendido modificar el régimen jurídico vigente sin la intervención de la voluntad popular, entre ellos en materia de criptoactivos, todo lo cual vicia de nulidad lo sobre la materia actuado.

C.2. Respaldo o substrato del PETRO

De acuerdo con el artículo 4 del Decreto N° 3.196, el PETRO se trata de “Petróleo Venezolano, cotizado en la cesta OPEP”, así como de otros “commodities”. Cada unidad de PETRO tendrá como respaldo físico, un contrato de compraventa por un (01) barril de petróleo de la cesta de crudo venezolano o cualquier “commodities” que decida la Nación.

Tratamiento distinto parecieran haberle conferido a la materia el Decreto del 4 de abril de 2018 dictado por la ANC y el Decreto

Presidencial N° 3.292 de fecha 23 de febrero de 2018, en los que tal respaldo viene dado en yacimientos petroleros (reservas).

Por su parte, el *Whitepaper* se limita a señalar que el PETRO cuenta con un respaldo real en riquezas y bienes conmesurables. A su vez establece que su precio inicial estará atado a la canasta de commodities que lo respalda (petróleo, oro, hierro y diamantes). Finalmente establece que el PETRO contará con tantas emisiones a como haya lugar en función a las reservas fijadas como respaldo principal.

Respecto de cualquiera de los escenarios que pretenda implementarse, resultan pertinentes las denuncias hechas en lo que respecta a su inconstitucionalidad e ilegalidad, de ahí que valga la pena exponer las razones de la inviabilidad jurídica de ambos supuestos, independientemente de que el de los yacimientos pareciera haber sido el que se impuso normativamente.

C.2.1. Respaldo en yacimientos

De acuerdo con el artículo 12 de la CRBV,

“**Artículo 12.-** Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, **son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles...**”. (Negrillas nuestras).

Los yacimientos de hidrocarburos no sólo pertenecen a la República, sino que, además, al calificar como bienes del dominio público, son inalienables e imprescriptibles, es decir, que no pueden ser enajenados o transferidos (no forman parte del tráfico jurídico), así como tampoco pueden ser objeto de prescripción adquisitiva.

A la luz de las consideraciones esbozadas, queda claro que los yacimientos de hidrocarburos no pueden ser legalmente transferidos ni dados en garantía, ni siquiera a otros entes públicos distintos de la República.

Tales disposiciones se encuentran en consonancia con el reconocimiento hecho por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) al derecho de propiedad que tienen los Estados sobre sus recursos naturales. Advierte, sin embargo, ese organismo multilateral que esa propiedad es

común e indivisa, es decir, no puede repartirse o acreditarse, ni en tiempo ni en espacio, como cuota parte para el patrimonio particular de cada ciudadano, sino que debe permanecer como un bien patrimonial común e indiviso de sus nacionales de hoy, mañana y siempre¹⁸.

Es así que pretender utilizar al Bloque Ayacucho 01 en la Faja Petrolífera del Orinoco como respaldo del PETRO resulta inválido.

C.2.2. Respaldo del PETRO en barriles de crudo

A pesar de que este escenario pareciera haber quedado desechado por el Ejecutivo Nacional y por la ANC, vale la pena igualmente analizarlo con fines científicos.

Como señalamos el Decreto N° 3.196 establece que el PETRO tendrá como respaldo un contrato de compraventa por un barril de petróleo de la cesta venezolana.

Reiteramos que en el supuesto de que el respaldo del PETRO sean yacimientos petroleros se estaría ante un bien del dominio público, en tanto que, de ser barriles de petróleo, nos encontraríamos frente a un bien susceptible de tráfico jurídico, aunque sujeto a reserva. En el primer supuesto estaríamos ante una cosa futura, en el otro, de un bien aparentemente presente, pero fungible, aunque si se la vincula a las reservas del Bloque Ayacucho 01 ni siquiera se trataría de un bien presente, dado que su explotación aún no se ha iniciado.

Aunque se trata de un escenario distinto al analizado en el epígrafe anterior, no por ello está exento de obstáculos.

Los bienes considerados del dominio público son los “yacimientos de hidrocarburos” mientras estos conservan su carácter de tales, es decir, en tanto se encuentren formando parte del subsuelo, pero una vez que los hidrocarburos son desprendidos de aquél, producto de la actividad de explotación, pierden ese carácter y se convierten en bienes objeto de tráfico comercial.

Partiendo de lo anterior, tendríamos que señalar que, extraído el petróleo del yacimiento, parte de la producción puede ser entregada en especie a la República por la operadora por concepto de regalía

¹⁸ Boscán de Ruesta, Isabel. *La actividad petrolera y la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos*. Caracas. FUNEDA. 2002, pp. 48-49.

(30%), en tanto que el remanente ingresa a su patrimonio a objeto de ser comercializado.

En caso de que se pretenda en algún momento implementar el mecanismo de respaldo del PETRO aquí comentado, sería necesario circunscribirlo a barriles en poder de la República por haberlos recibido por concepto de regalía en especie o por haberlos adquirido de la porción de que son titulares las Operadoras de PDVSA.

Asumiendo que aquello fuera posible, cabría preguntarse lo que puede hacer un titular de un PETRO con ese derecho subyacente que tendría respecto de un barril de crudo (petróleo en estado natural), teniendo en cuenta que su comercialización de acuerdo con el artículo 57 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH), sólo puede ser ejercida por las empresas a las que se refiere el artículo 27 de ese mismo texto legislativo, esto es, por las empresas operadoras calificadas como empresas del Estado, es decir, de total propiedad del Estado.

Es así como este segundo escenario encontraría en la LOH obstáculos en cuanto a su viabilidad y validez.

Concluimos entonces, que tanto en el caso de que se pretendiera garantizar la emisión de cada PETRO con un barril de petróleo, como en el supuesto de que se respaldara con yacimientos de ese hidrocarburo, estaríamos ante actuaciones contrarias al texto constitucional y a la LOH.

C.3. El PETRO como expresión de endeudamiento público

De acuerdo con la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP), se denomina crédito público a la capacidad de los entes regulados por dicho instrumento legal para endeudarse. Esa misma ley, reconoce como expresiones de operaciones de crédito público a las previstas en su artículo 80, según el cual

“Artículo 80.- Son operaciones de crédito público

1. **La emisión de títulos valores (...)**
2. La apertura de créditos de cualquier naturaleza
3. (...)
4. **El otorgamiento de garantías**

5. (...)

6. Las demás operaciones destinadas a obtener recursos que impliquen financiamiento reembolsable". (Negritas nuestras).

Ahora bien, este tipo de operaciones deben estar contenidas en la Ley Especial de Endeudamiento Anual¹⁹, de conformidad con la Ley del Marco Plurianual de Presupuesto²⁰, aprobadas ambas por la Asamblea Nacional de conformidad con los artículos 187.6, 312 y 313 de la CRBV.

Asimismo, cada operación de crédito público debe ser autorizada a su vez, por la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional de conformidad con el aparte único del artículo 97 de la LOAFSP.

De no cumplirse con el procedimiento en cuestión, dichas operaciones serán consideradas nulas y las obligaciones que se pretendan derivar de las mismas no serán oponibles a la República, tal y como se consagra en el artículo 92 de la LOAFSP en concordancia con el artículo 312 de la CRBV.

De tratarse el PETRO de títulos valores o de otro tipo de operación similar, no cabría duda, supondría un endeudamiento para la República. Ésta al emitir el PETRO asumiría unilateralmente la obligación de entregar un barril de petróleo y/o eventualmente una cantidad de bolívares. Su titular, al adquirirlo se comprometería a pagar su precio, a la par que se haría del derecho a exigirle a su emisor el cumplimiento de aquellas obligaciones. Se trataría así de un mecanismo a través del cual se captarían recursos en bolívares o en divisas con la obligación de devolver algo relativamente equivalente a cambio.

El carácter de operación de crédito público que encerraría la emisión del PETRO devendría adicionalmente del respaldo o garantía que encierra. Ya observamos que el artículo 80 de la LOAFSP en su numeral 4 cataloga de tales al otorgamiento de garantías, sujeta por tanto también al régimen autorizatorio antes explicado. Por las razones antes expuestas y muchas otras desarrolladas en el Trabajo de Incorporación presentado, la invalidez del PETRO luce evidente.

¹⁹ Vid. Artículo 97 LOAFSP.

²⁰ Vid. Artículo 82 *eiusdem* en concordancia con el artículo 313 CRBV.

III) ACERCAMIENTO AL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS OPERACIONES QUE INVOLUCRAN CRIPTOACTIVOS

A) Consideraciones preliminares

Como fue anunciado, uno de los temas más polémicos y complejos que encierra la llamada economía digital y, dentro de ella, el uso de los criptoactivos, lo constituye precisamente el relativo a su tratamiento impositivo.

La inmaterialidad de la blockchain, su carácter descentralizado, el “anonimato” bajo el cual opera y su condición universal son, entre otros elementos, los que alimentan acertadamente la tesis de que constituye un escenario propicio para la evasión tributaria.

Hemos admitido la dificultad que encierra la determinación de la naturaleza jurídica de los criptoactivos, no sólo por sus características tecnológicas, sino también, por la multiplicidad de variedades que registran.

Admitiendo que respecto a la naturaleza jurídica de las criptomonedas habrá que continuar explorando, a los fines del análisis de su tratamiento impositivo se asumió la postura de que aquellas y, específicamente el bitcoin, son bienes incorpóreos que califican de bienes muebles genéricos, respecto de los cuales se configura un derecho de propiedad *sui generis*, en definitiva, un derecho patrimonial (bien patrimonial).

Por su parte, en lo atinente al PETRO, dado lo cambiante y confuso de la normativa que lo regula, asumiremos, por una parte, la posición de que se trata de un bien mueble por su objeto, de tipo incorporal, en concreto, un título valor o de crédito y, por la otra, que se trata, de un bien patrimonial como también lo son las criptomonedas.

Al abordar el tratamiento impositivo de las operaciones que involucran a las criptomonedas debe tenerse presente que cada tributo tiene su propio régimen y que aquellos bienes pueden ser empleados de distinta manera y con la intervención de diversos actores. Es así como las criptomonedas pueden ser utilizadas con fines de inversión, como medio de intercambio por otros bienes, como medio de pago de obligaciones o como objeto de ciertos contratos. Una criptomoneda puede

así ser intercambiada por otra (Dash-Ether) o por un bien de diferente naturaleza (arroz), caso en el cual, se estará ante una permuta, pero también puede ser utilizada como un medio de pago de una obligación pecuniaria respecto de la cual medie una dación en pago y termine produciéndose un pago en especie (criptomonedas). Pudieran también pactarse obligaciones de valor en las que se cuantifique y pague en criptomonedas. Es posible también la celebración de contratos de mutuo que tengan por objeto criptomonedas, en las que una parte entrega una cantidad de criptomonedas y la que los recibe se comprometa a devolver otro tanto. Todas esas operaciones tienen implicaciones impositivas diferentes, de allí la importancia de la determinación de su naturaleza jurídica y la de las criptomonedas.

En el caso de la Bitcoin opera el mecanismo del minado, registrándose respecto de los mineros dos fuentes de ingresos fundamentales, una, la recompensa por la solución de la llamada Proof of Work (*POW*) o de sus equivalentes en otras blockchains, otra, la comisión cobrada con ocasión a las transacciones en cuya materialización ellos intervienen.

En relación con este tipo de ganancias existe una clara diferencia, mientras la mencionada en última instancia pareciera la contraprestación por la prestación de un servicio, por ende, renta, la primera, ha sido considerada por muchos como una ganancia fortuita.

La titularidad de criptomonedas puede provenir fundamentalmente de la compra que de ellas se haga o de la recepción que de las mismas ocurra con ocasión a su aceptación en el marco del pago de una contraprestación (Ej. venta de bienes cuyo precio expresado en bolívars termina siendo pagado con bitcoins).

En esos casos, respecto de las criptomonedas, pueden llevarse a cabo operaciones dirigidas a la inversión. Una vez en tenencia de la criptomoneda, con relación a ella por efectos del mercado y del tiempo pueden registrarse variaciones en su valor, ya sea hacia el alza o hacia la baja. Es por ello que respecto de éstas se alude a actividades especulativas o de inversión, en las que las ganancias o pérdidas provienen de su comportamiento en el mercado.

Es posible también que se celebren contratos de permutas que tengan por objeto criptomonedas, tal sería el caso, por ejemplo, del

intercambio de X cantidad de bitcoins por Y cantidad de Dash. Al efectuarse esa permuta, una ganancia o pérdida de capital también pudiera registrarse.

En el caso del mutuo, en el que se entregan X bitcoins para que esa misma cantidad X de criptomoneda sea devuelta al cabo de cierto tiempo, si bien es un contrato normalmente gratuito, pudiera serlo a título oneroso, mediando el pago de intereses, caso en el cual también se registrarían consecuencias impositivas.

No obstante lo anterior, en los casos que involucran criptomonedas, la tributación encuentra especial dificultad, entre otros, por el desconocimiento que existe de la identidad de las partes intervinientes. Frente a esa realidad, por más que pueda configurarse el hecho imponible, será necesario conformar mecanismos efectivos para su control. Esa realidad ha sido, entre otras, la que ha retrasado el gravamen efectivo de ese tipo de operación, lo que constituye otro gran reto para el Derecho, en este caso el tributario.

B) Criptomonedas (bitcoins)

B.1. ISR

Recordemos que generalmente el ISR grava la renta propiamente dicha, entendida ésta como la que resulta del ejercicio de una actividad económica continua que tiene lugar en un período de tiempo determinado (ejercicio fiscal). El ISR, al menos en Venezuela, grava además a las ganancias de capital y a las ganancias fortuitas (Ej. producto de juegos y apuestas lícitas).

B.1.1. Minería

B.1.1.1. Recompensas

Como fuera indicado, la labor desempeñada por los mineros se traduce en la obtención de una recompensa equivalente a una determinada cantidad de bitcoins cuando, gracias a la solución del *POW* completan entre 1000 a 2000 transacciones que son las que conforman un bloque (1 MB).

Un detalle adicional al respecto es que las recompensas obtenidas a través del minado no se pueden gastar hasta que se hayan añadido 100 bloques nuevos a la cadena.

Se ha dicho que la actividad que llevan a cabo los mineros difícilmente puede equipararse a la prestación de un servicio derivado de una relación contractual con los usuarios de la blockchain. El minero no contrata con alguien, él asume su rol voluntaria y unilateralmente y es el propio sistema el que le retribuye su labor. Al ser esas las condiciones bajo las cuales actúa, aunado al hecho de que su retribución más que ser producto de un esfuerzo intelectual o físico, es el resultado del azar, hace que muchos equiparen la recompensa a una especie de premio en el marco de un juego de envite y azar. Es como haberse ganado la lotería.

Tal posición luce bastante razonable, por lo que de ser acogido podría decirse que la recompensa recibida por los mineros sería una ganancia fortuita, que en el caso de Venezuela estaría gravada con el 34%. Arribar a tal conclusión implica, sin embargo, recurrir a un ejercicio de interpretación que va más allá de lo tradicionalmente admisible, razón por la cual sería conveniente que a ese tema se diera tratamiento explícito en la LISR venezolana.

Al regular en la ley esa materia tendría que tenerse presente la imposibilidad que tiene el minero de utilizar los bitcoins que le han sido reconocidos hasta tanto no complete un bloque de 1 MB. Al respecto, teniendo en cuenta el factor de la disponibilidad del ingreso, habría que determinar el momento en que esa ganancia debe considerarse gravable, cuando es obtenida o cuando es susceptible de ser dispuesta. Esto último pareciera lo más lógico.

B.1.1.2. Comisiones

Situación totalmente distinta es la que se registra respecto de la pequeña comisión a la que tiene derecho el minero cuando se concreta una transacción que involucra el traslado de bitcoins de una dirección a otra. En tal supuesto podría sostenerse la tesis de la prestación de un servicio en el que quien solicita la transferencia o solicita la operación es quien asume su pago. En ese caso se estaría ante una contraprestación gravable desde el momento en que se concreta la operación, es decir,

desde que se efectúa la transmisión y se imputa a favor del minero la comisión. No obstante, entendemos que al igual que ocurre con los bitcoins recibidos por los mineros en recompensa, los pagados por concepto de comisión tampoco son de inmediata disponibilidad, pues se les supedita a que se acumule 1 MB. De ser ello así, éste sería un factor adicional a considerar para definir el momento en el que pueda calificarse de ingreso disponible y, por ende, computable a efectos de la base imponible del ISR.

B.1.2. Caso de los “exchanges”

Los administradores de las plataformas que sirven de intermediarios entre los compradores y vendedores de criptomonedas cobran comisiones por cada transacción completada. Esas comisiones se reciben en dinero fiduciario o en criptomonedas, pero a diferencia de las que obtienen los mineros son de inmediata disposición.

Esas comisiones representan un ingreso para los “exchanges” que han de tener implicaciones en materia de ISR.

Una interrogante que habría que responder es si este tipo de operadores califican a efectos de la alícuota aplicable de empresas dedicadas a las actividades financieras, cuyos enriquecimientos netos son gravados con el 40% en lugar del 34% aplicable al resto de las personas jurídicas.

B.1.3. Inversión

A efectos impositivos, especialmente de ISR, es necesario precisar cuándo se considera realizada la ganancia o la pérdida de aquellas inversiones. Dada la volatilidad de las criptomonedas, su valoración está en constante cambio, motivo por el cual, se hace indispensable precisar el momento exacto en que esa ganancia o pérdida trasciende al ámbito tributario.

Dada las modalidades de la blockchain, se requiere del diseño o adopción de un mecanismo que permita determinar la oportunidad en que se recibe y dispone cada criptomoneda, dadas en vista de las dificultades o imposibilidad de precisar respecto de cuál de ellas en concreto se está efectuando el acto de disposición y registrando por tanto la ganancia o pérdida.

En caso de que la criptomoneda sea adquirida con la intención inicial de invertir en ella o que habiéndose recibido en pago de una obligación decida conservarse en el *wallet* y que por efecto del transcurso del tiempo y de factores de mercado el valor que dicha criptomoneda tenía se vea incrementado o disminuido, se registraría una ganancia o pérdida de capital con implicaciones en materia de ISR.

Si bien no se trata de una ganancia o pérdida cambiaria, si representa una ganancia o pérdida de capital que debe correr la misma suerte de éstas en cuanto a su disponibilidad, esto es, que debe considerarse gravable o deducible en el momento en que la criptomoneda es vendida o intercambiada y se realiza la ganancia o pérdida representada por la diferencia entre el costo de su adquisición o el valor que tenía cuando se recibió y el que tiene al momento de venderla o de intercambiarla.

En vista de que al disponer de una criptomoneda su titular no decide cuál de todas las que posee es la que movilizará, para hacer la evaluación de si se registra una ganancia o una pérdida respecto de ella, algunos han sugerido la aplicación del mismo sistema que se emplea para el manejo de inventarios, este es, *First in first out (FIFO)*. En tal virtud se consideraría que cada vez que se disponga de una criptomoneda se utilizará como costo el de la más antigua de las registradas contablemente.

B.1.4. Permutas

De la misma manera que ocurre cuando la ganancia se registra con ocasión a una operación de inversión, puede registrarse una ganancia cuando la criptomoneda es intercambiada, por ejemplo, por otra (bitcoin – Dash) o, por otro bien (computadoras).

La diferencia entre el costo de adquisición de la criptomoneda o el valor que tenía cuando se recibió y el que se le reconoce cuando se efectúa el intercambio por otro bien, constituye la ganancia o pérdida de capital que debe considerarse disponible, como en cualquier operación de permuta, en el momento de perfeccionamiento de la relación contractual. En este caso, también sería necesaria la adopción de un mecanismo como el FIFO, según se explicó anteriormente.

B.1.5. Medio de pago

Cuando se utiliza una criptomoneda como medio de pago se registrará una ganancia de capital si el costo de su adquisición o el valor que ella tenía cuando fue recibida y el valor del bien o servicio cuya adquisición o percepción se paga, es inferior al precio o contraprestación cancelada. Así, por ejemplo, si el bitcoin al ser adquirido el 13-02-2019 tuvo un costo de Bs. X, pero cuando el 20-09-2019 se paga con él una computadora que vale $X+2$ y para ese momento el valor del bitcoin es $X + 2$, su titular al disponer de ella estará registrando una ganancia de 2, gravable con el ISR.

Cuando el caso planteado se registra en sentido inverso, se habrá configurado una pérdida, también con consecuencias en materia de ISR.

B.1.6. Mutuo

En caso de que el mutuo sea a título oneroso, los intereses que se causen a favor del mutuante deben considerarse gravables con el ISR, de la misma manera en que lo son respecto de un prestamista.

B.2. IVA

B.2.1. Consideraciones preliminares

A efectos del IVA, por venta se entiende la transmisión de propiedad de bienes muebles realizadas a título oneroso, cualquiera sea la calificación que le otorguen los interesados. Por servicios, entiende la Ley del Impuesto al Valor Agregado (LIVA) cualquier actividad independiente en la que sean principales las obligaciones de hacer.

Por bienes muebles entiende aquel texto legal los que pueden cambiar de lugar, bien por si mismos o movidos por una fuerza exterior, siempre que fuesen corporales o tangibles, con exclusión de los títulos valores.

No están sujetas al IVA las ventas de bienes muebles intangibles o incorporeales, tales como especies fiscales, acciones, bonos, cédulas hipotecarias, efectos mercantiles, facturas aceptadas, obligaciones emitidas por compañías anónimas y otros títulos y valores mobiliarios en general, públicos o privados, representativos de dinero, de créditos o

derechos **distintos del derecho de propiedad sobre bienes muebles corporales** y cualquier otro título representativo de actos que no sean considerados como hechos imponibles por la LIVA.

B.2.2. Minería

B.2.2.1. Recompensa

Como fue señalado en materia de ISR, esta recompensa no puede considerarse propiamente obtenida por concepto de contraprestación por la prestación de un servicio. En tal virtud, difícilmente pueda considerarse gravable con el IVA. No obstante, media en esa operación una transferencia de propiedad de un bien, pero que, al no poderse considerar onerosa, tampoco resulta gravable con el IVA bajo el hecho imponible de la venta.

B.2.2.2. Comisiones

Como ya señalamos, esta contraprestación sí pareciera resultar de la prestación de un servicio oneroso, por tanto, gravable con el IVA.

B.2.3. Inversión

Cuando se efectúe la venta de una criptomoneda con miras a obtener de esa operación dinero fiduciario, estaremos ante la venta de un bien, en tanto se está produciendo una transmisión de propiedad a título oneroso. Ello, sin embargo, no basta para que resulte gravada con el IVA, en tanto es necesario que la criptomoneda califique además de bien mueble corporal.

De acuerdo con el artículo 3 de la LIVA las ventas que son gravadas con ese tributo son las que tiene por objeto bienes muebles corporales. Resulta claro, por tanto, que las criptomonedas son intangibles independientemente de que califiquen o no de muebles, por aquella sola razón quedarían en principio al margen del IVA.

No obstante lo anterior, es importante tener presente que no están sujetas al IVA las ventas de bienes muebles intangibles o incorporales, tales como especies fiscales, acciones, bonos, cédulas hipotecarias, efectos mercantiles, facturas aceptadas, obligaciones emitidas por compañías anónimas y otros títulos y valores mobiliarios en general,

públicos o privados, representativos de dinero, de créditos o derechos **distintos del derecho de propiedad sobre bienes muebles corporales** y cualquier otro título representativo de actos que no sean considerados como hechos imponible por la LIVA.

La no sujeción a que alude el artículo 16 de la LIVA pone en evidencia que la regla general de la no gravabilidad de bienes intangibles tiene su excepción, que no es otra que intangibles que suponen derecho de propiedad sobre muebles corporales.

A pesar de que se reconoce la posibilidad de que se configure un derecho de propiedad respecto de las criptomonedas, éstas por si solas no recaen sobre bien alguno, al carecer de objeto y substrato. En tal virtud, salvo que se produjera una reforma de la LIVA en la que se incluya a las criptomonedas en el concepto de bienes muebles gravables, las operaciones que los involucren no causarían el tributo. Aquello sería posible en tanto las leyes tributarias acostumbra definir figuras e institutos de manera distinta a otras ramas del Derecho.

B.2.4. Permutas

Como fue señalado, cuando una criptomoneda es utilizada como medio de intercambio con otros bienes, se configura una operación de permuta. Tal sería, por ejemplo, el caso del intercambio de bitcoins por Dash, o el intercambio de bitcoins por arroz. Recordemos que para que podamos calificar de permuta a la operación, la relación contractual debe haber contemplado desde un principio como objeto y contraprestaciones el intercambio de una criptomoneda por otra o de una criptomoneda por otro tipo de bien, en tanto en caso de haberse convenido inicialmente como contraprestación un precio a ser pagado en bolívars que termina pagándose en criptomonedas, estaremos en presencia de una dación en pago y no de una permuta, aunque desde el punto de vista tributario pudieran equipararse, como también ocurriría con el pago en especie que se daría conjuntamente con la dación en pago en el ejemplo planteado.

Si se trata de una permuta de criptomonedas (bitcoin por Ether), habría un intercambio de bienes incorporales que por efecto de los artículos 3 y 16 de la LIVA no estaría sujeto a gravamen.

Si por el contrario lo que se produce es el intercambio de un bien mueble corporal (computadora) por criptomonedas, a efectos de su tratamiento impositivo a la luz de la LIVA, tendría que tenerse presente lo dispuesto por su artículo 10, según el cual

“Artículo 10.- Para los efectos de la aplicación del impuesto se considerará venta, entre otros, los siguientes actos y contratos que versan sobre transferencias onerosas del dominio de bienes muebles o de una parte alícuota del derecho de propiedad sobre ellos:

(...)

2. Permutas en las cuales cada una de las partes se obliga a dar una cosa para obtener otra por ella. Se perfecciona con el solo consentimiento de las partes y cada una se considerará como enajenante del bien que transfiere por el cual recibe otro a cambio”.

En este caso se causaría el IVA en una sola dirección, por la venta de la computadora el comprador se haría titular de un crédito de IVA, en tanto el vendedor de un débito de IVA, pero no ocurriría lo mismo en sentido contrario respecto del comprador o perceptor que se desprendió de sus bitcoins, al ser estos bienes incorporales.

A esos efectos se habrá de aplicar lo previsto en los artículos 22 y 20 de la LIVA, según los cuales:

“Artículo 22.-

(...)

Cuando en la transferencia de bienes o prestación de servicios el pago no se efectúe en dinero, se tendrá como precio del bien o servicio transferido el que las partes le hayan asignado, siempre que no fuese inferior al precio corriente en el mercado definido en el artículo 20 de este Decreto...” (Negritas nuestras)

“Artículo 20.-

(...)

Para los efectos de este Decreto ..., el precio corriente en el mercado de un bien será el que normalmente se haya pagado por bienes similares en el día y lugar donde ocurra el hecho imponible como consecuencia de una venta efectuada en condiciones de libre competencia entre un comprador y un vendedor no vinculados entre sí.

B.2.5. Medio de pago

En este caso, a diferencia del anterior, estaríamos ante la prestación de un servicio o de la venta de un bien y no de una permuta, si la contraprestación está cuantificada en bolívares y se termina pagando en su equivalente en criptomonedas (dación en pago o un pago en especie). En ese caso, se produciría la transmisión de la propiedad de la criptomoneda al vendedor del bien o prestador del servicio quien los habrá vendido o prestado a título oneroso, configurándose respecto de esa operación el hecho imponible del IVA (Ej. Alquiler de un vehículo pagado con bitcoins o venta de una computadora que es pagada con bitcoins).

En este caso, aplicaría lo ya referido y previsto en los artículos 20 y 22 de la LIVA respecto de la venta del bien o la prestación del servicio.

Es así como, si se conviniera el pago del canon de arrendamiento de un vehículo en 1 bitcoin, sería necesario establecer la equivalencia del bitcoin en bolívares y sobre el importe que resulte habrá de calcularse el IVA.

En este supuesto se causaría el IVA en una sola dirección, por el alquiler del vehículo, generándose un crédito de IVA para el arrendatario y un débito para el arrendador, pero no de manera adicional y en sentido contrario respecto del perceptor del servicio que se desprendió de sus bitcoins (bienes incorporales).

El tema de la equivalencia de las criptomonedas a bolívares es otro de los que habrán de ser analizados y definidos en caso de que se concluya que son gravables no sólo con el IVA sino también con el ISR.

C) Implicaciones tributarias derivadas de la implementación del PETRO como criptoactivo

C.1. Consideraciones Preliminares

Sea que un sujeto de derecho adquiera voluntariamente PETROS mediante los mecanismos de subasta o asignación directa llevados a cabo por la TCV o por haberlos transado en el mercado secundario a través de los exchanges, tales adquisiciones y ventas implicarán una inversión para el adquirente. Ese hecho consumado, que involucra

una erogación de dinero y la adquisición de un activo, necesariamente habrá de traducirse en bolívares a efectos de su registro contable por parte del agente económico involucrado, dada la obligación que imponen los artículos 129 de la LBCV y 146 del COT.

Si bien en el caso del PETRO, no estaríamos ante operaciones en moneda extranjera, estaríamos ante un bien cuya valoración en bolívares también se hace necesaria a efectos contables. En ello, estará involucrado necesariamente un proceso de traducción de su valor a bolívares que en la versión del *Whitepaper* publicada el 1° de octubre de 2018 no fue abordado como si lo hizo el borrador de *Whitepaper* de comienzos de 2018. Una cosa es la fórmula contenida en el *Whitepaper* emitido por la SUNACRIP para fijar el precio inicial de la primera emisión del PETRO y, otra muy distinta, su cotización en el mercado secundario. Cuál ha de ser la equivalencia entre el PETRO y el bolívar a los fines contables y tributarios, es un tema aún pendiente de resolver.

De igual manera habrá de proceder quien enajena el PETRO, pues registrará la salida de un activo de su patrimonio y el ingreso de una cantidad de dinero, u otro bien (criptomoneda o commodities).

Lo anterior es tan sólo uno de los muchos casos que pueden colocarse como ejemplo para evidenciar la necesidad que existe de implementar un mecanismo de conversión o equivalencia entre el PETRO y el bolívar. En ese orden el Decreto N° 3.196 hizo referencia en su artículo 5° al “tipo de cambio del mercado publicado por la casa de intercambio de cripto-activo nacional”, aunque posteriormente el borrador de *Whitepaper* circulado a comienzos de 2018 dijo otra cosa, y más recientemente, la medida adoptada de utilizar al PETRO como Unidad de Cuenta Fluctuante pudiera terminar configurando un tercer escenario en cuanto a posibles tipos de cambio del PETRO al bolívar.

Según se desprendía del borrador de *Whitepaper* de comienzos del año 2018, el tipo de cambio dependía de la cotización puntual del barril de crudo en la cesta petrolera nacional, de la oferta y demanda que respecto del “cripto-activo” existiera y de un descuento (*Dv*) a ser fijado por el Ejecutivo Nacional. Era de observar, sin embargo, que el resultado de la aplicación de esa fórmula no necesariamente tenía que coincidir con el precio del mercado del “criptoactivo”. El *Whitepaper* aprobado el 1° de octubre de 2018 nada señala respecto de tan

importante materia, quedando pendiente el desarrollo del precitado artículo 5° del Decreto N° 3.196.

El tratamiento contable en el mercado que registre el PETRO marcará la pauta de su tratamiento en otros ámbitos, entre ellos, el tributario, tema este al que nos abocaremos de seguidas.

C.2. Impuesto sobre la Renta (ISR)

C.2.1. Retenciones

Una inquietud evidente que se plantea con relación al tema aquí abordado es si cuando un deudor pague a su acreedor la contraprestación debida en PETROS, el pagador o deudor deberá practicar las retenciones previstas en el Decreto N° 1808 contentivo del Reglamento Parcial de la LISR en materia de Retenciones, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.203 de fecha 12 de mayo de 1997.

El artículo 20 del referido reglamento establece que en aquellos casos en los que medie un pago en especie no existe la obligación de practicar la retención, así como tampoco ha de aplicarse cuando se trate de enriquecimientos exonerados del ISR.

Habiendo concluido que en el caso de pagos efectuados mediante PETROS estamos ante un pago en especie, conforme a la precitada norma no debería mediar la retención del ISR.

C.2.2. Ganancias de Capital

En caso de que el PETRO sea utilizado como medio de inversión, es decir, cuando se adquiere y se mantiene en el monedero bajo la expectativa de que se revalorice en el tiempo, resulta necesario evaluar si respecto de él puede configurarse una ganancia de capital, si la misma es gravable con el ISR y, en caso afirmativo, en qué momento lo sería.

Quien haya adquirido un PETRO por un precio o valor X que, con el paso del tiempo, al final del ejercicio se valora en X más 1, habrá experimentado una ganancia de capital que representará contablemente un incremento patrimonial. En ese caso, vale preguntarse si tal incremento patrimonial resulta gravable con el ISR y en qué ejercicio lo sería.

A efectos de la disponibilidad de aquel ingreso pareciera, por las razones ya expuestas, que su gravabilidad debiera estar supeditada a su realización con el acto de disposición que del PETRO haga su titular (venta, intercambio, etcétera.)

No obstante lo anterior, si partimos de la premisa de que el PETRO es un título valor emitido por la República y que constituye una operación de crédito público, resulta necesario al evaluar la gravabilidad de las ganancias de capital que respecto de él se registren, si aplica la exención prevista en el actual artículo 14.12²¹ de la LISR.

Si llegara a imponerse el criterio sostenido por el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de la Región Capital (ASUNTO: AP41-U-2012-000407/ SENTENCIA N° 1979.- AP41-U-2012-000465 (Acumulados), en sentencia dictada el 6 de febrero de 2014 (Caso Bahías), según el cual, la exención sólo comprende los rendimientos, entendiéndose por estos los intereses y no las ganancias de capital, la exención no aplicaría respecto del PETRO, en tanto éste no causa intereses, salvo en el caso que más adelante veremos del “Stakin”.

C.2.3. Como medio de pago

Otro caso en el que pudiera considerarse configurada una ganancia de capital es aquél en el que, habiéndose adquirido el PETRO por X, al momento de destinarlo al pago de un tributo o de otra obligación, éste es recibido por X más 1. En este caso lo expuesto en el epígrafe anterior resultaría aplicable al configurarse una ganancia de capital.

C.2.4. Como mecanismo de ahorro

De acuerdo con el *Whitepaper* aprobado por la SUNACRIP, “Se establece un plan de ahorro en Petro denominado “Stakin”, con el cual los usuarios prestarán apoyo a la red y su dinámica. Este plan consiste en la emisión de recompensas predefinidas de acuerdo a la inmovilidad de los Petros en las *Wallets* de los usuarios. De esta manera, un usuario que posea una cantidad cualquiera, al no hacer uso de los mismos y

²¹ Artículo 14.- Están exentas de impuestos: (...) 12. Los enriquecimientos provenientes de los bonos de deuda pública nacional y cualquier otra modalidad de título valor emitido por la República.

conservarlos en su *Wallet* por un tiempo determinado, al culminar este lapso, recibirá una recompensa estimable en Petros, según los parámetros establecidos por la SUNACRIP y la TCV”²².

Se establece también en el *Whitepaper* que aquellos ingresos pasivos serán distribuidos en un 85% para los Nodos Maestros y el 15% para el usuario en la fase inicial.

Visto lo anterior, pareciera que la recompensa en cuestión es asimilable al pago de un interés, razón por la cual cabría preguntarse si se trata de un rendimiento procedente de un título valor emitido por la Republica, exento conforme al artículo 14.12 de la LISR en los términos antes comentados.

C.3. IVA

C.3.1. Venta del PETRO

En caso de que el titular de un PETRO decida venderlo y a cambio reciba una cantidad de bolívares, la gravabilidad con IVA de esa venta dependerá en primera instancia de que al PETRO se le califique de bien mueble corporal.

Ya hemos señalado que el PETRO es un bien mueble incorporal, motivo por el cual de la lectura aislada de los artículos 1 y 3 de la LIVA pudiera pensarse que su transmisión a título oneroso queda al margen del tributo en comento.

No obstante ello, el propio artículo 16 aclara el alcance de la mención hecha por el artículo 3 a los títulos valores. Aquella norma, al establecer la no sujeción de título valores excluye a los que implican o se traducen en **derecho de propiedad sobre bienes muebles corporales**.

Como fuera señalado, el PETRO de calificar como un título valor que tiene como substrato o respaldo a yacimientos petroleros, pero que a su vez encierra un respaldo físico representado por un contrato de compraventa de un barril de petróleo (bien mueble corporal), quedaría excluido de la no sujeción a que se refiere el artículo 16, resultando gravable con el IVA la venta que de él se haga.

²² White Paper, SUNACRIP, p. 7 En: www.petro.gob.ve.

C.3.2. Permuta del PETRO con otros bienes

Como fue señalado, cuando el PETRO es utilizado como medio de intercambio, se configura una operación de permuta. Siendo ello así, a efectos de su tratamiento impositivo a la luz de la LIVA debe tenerse nuevamente presente a los artículos 20 y 22 antes comentados.

En consecuencia, en el supuesto de que, por ejemplo, se permuten PETRO por Dash, se configuraría una permuta con los mismos efectos a que hicimos alusión en el caso de la permuta entre criptomonedas, causándose el tributo respecto de quien dispuso del PETRO (si califica de título valor), pero no respecto del Dash. En caso de que el PETRO no califique de título valor, entonces las operaciones que lo tengan por objeto no estarían sujetas al IVA, como ocurre con las criptomonedas.

A efectos de la determinación del valor del PETRO y del Dash permutados habría de aplicarse el artículo 22 de la LIVA concatenado con el comentado artículo 5 del Decreto N° 3196.

Reiteramos que el mundo de los criptoactivos representa para el Derecho y sus operadores una realidad que no debe ser ignorada, la cual demanda a la brevedad del mayor esfuerzo científico y político para la definición de su regulación, procurando en caso de así concluirse la preservación de una invención que, si bien registra debilidades, goza también de valiosas virtudes. Es este uno de los grandes retos que el Derecho enfrenta en este Siglo XXI caracterizado por el desarrollo de la economía digital.

PRESENTACIONES DE LIBROS

**TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL,
XVI TOMOS (EDITORIAL JURÍDICA
VENEZOLANA INTERNATIONAL).
AUTOR: ALLAN R. BREWER-CARÍAS.
22 DE MARZO DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es un grandísimo honor y más que eso un privilegio, presentar el Tratado de Derecho Constitucional del doctor Allan R. Brewer-Carías, individuo de número de esta Academia desde 1978 y uno de sus más recordados presidentes. En esta ocasión se presenta una obra cumbre recogida en diez y seis tomos, que comprende toda su labor sobre la historia constitucional de Venezuela, el estudio de las instituciones constitucionales y sus escritos de combate frente a la destrucción del ordenamiento jurídico ocurrida en el siglo XXI venezolano; obra que, junto al Tratado de Derecho Administrativo, viene a completar la evidencia escrita -seleccionada entre más de mil publicaciones- de toda una vida al servicio del Estado de Derecho en nuestro país.

A nuestro juicio, Brewer-Carías es el mayor exponente y cultor del derecho público en Venezuela, pero no sólo eso, es el mayor divulgador del derecho nacional y extranjero que ha tenido el país en toda su historia, desde sus años bisoños cuando era estudiante en la Universidad Central de Venezuela. Alma Mater a la cual entregó muchos de sus mejores años y en la cual generó una verdadera escuela de especialistas y autores en derecho administrativo, con el apoyo de los finados profesores Antonio Moles Caubet, Eloy Lares Martínez y Tomás Polanco Alcántara.

Con palabras del profesor español Luciano Parejo Alfonso: “la vida del profesor Brewer es, en efecto, paradigma de la entrega sin condiciones a la vocación jurídica centrada en los problemas de la organización y gestión de la vida colectiva y apoyada en una capacidad de trabajo inusual... la prueba es objetiva y está ahí: la autoridad que tiene reconocida en toda Iberoamérica y el respeto que se le dispensa en Europa”. Parejo Alfonso destaca también que Allan Brewer ha trabajado siempre con “materiales ciertamente autóctonos, al servicio de las necesidades

reales del país y a la altura de los tiempos”, al tiempo que trabajaba en la comparación con los sistemas constitucionales y administrativos de los países de toda Iberoamérica y Europa, incluyendo los sistemas continentales y anglosajones. Brewer reconocía esta orientación al afirmar: “Una de las preocupaciones fundamentales en la cátedra... ha sido el que el derecho administrativo en un determinado país, está íntimamente vinculado a su historia, su sistema socio-económico, y sus instituciones políticas y administrativas. Por ello mi tradicional rechazo a exponer un derecho administrativo neutro, etéreo, e intemporal, como el que algunas veces se enseña”. Orientación que ha prevalecido igualmente en sus trabajos de derecho constitucional.

En lo personal, conocí a Allan Brewer antes de iniciar los estudios de derecho, con ocasión de una charla dictada por él sobre la reforma universitaria y cuando me tocó rendir examen de ingreso en la entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, en el año 1964. Brewer, joven instructor, fue uno de los profesores examinadores. En aquella época, recién llegado del post grado, Brewer era la gran promesa entre los profesores de la Facultad, con indudable liderazgo a nivel de toda la Universidad. Todos los estudiantes deseaban estar cerca de él. Grato recuerdo.

Confieso que sus obras iniciales tuvieron enorme influencia sobre mis estudios y luego en mis años profesionales. Entre ellas, distingo “Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana”, su tesis de grado publicada ese año 1964; “Los Estudios de Derecho Administrativo y la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”; y “Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado”. Obras pioneras en sus ámbitos respectivos, que impulsaron sólidamente mi formación intelectual. En todas ellas, se refleja esa franca orientación de trabajar con el derecho nacional como principal insumo de investigación, tanto que de una sola vez el lector atento quedaba ubicado en la realidad nacional e internacional de la materia.

En aquellos años tuve una conversación con un eminente profesor de derecho administrativo, quien opinaba que el enorme esfuerzo de Brewer por rescatar lo valioso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia le parecía inútil, pues se trataba -a su juicio- de recopilar un conjunto de “disparates”. Afortunadamente, Brewer nunca hizo

caso de críticas semejantes y siempre puso por delante el estudio de lo que decían los tribunales, en forma congruente con su concepción realista del derecho público, antes comentada. También recuerdo la utilización de su monografía sobre las empresas públicas, en su primera edición, que ciertamente me puso en ventaja en mis estudios de post grado en la Universidad de Roma.

Según la opinión de algunos especialistas en derecho público, Brewer ha sido el jurista principal de la doctrina jurídica de la intervención del Estado en la economía en Venezuela; aunque esta misión no ha dejado de ser controversial frente a las llamadas tendencias libertarias del derecho público, pienso que Brewer siempre lo ha hecho con gran equilibrio y sentido de progreso, con el cuidado de no imponer los intereses de la autoridad a la defensa de la libertad, y sobre todo con una clara conciencia de la función del derecho público en el momento que vive la nación.

En el día de hoy, un grupo de académicos rendirá homenaje a Allan Brewer y disertará sobre su obra en los diversos ámbitos en que se ha realizado, sobre todo en los años recientes, en los cuales su figura se ha acrecentado por su confrontación con un régimen que pretende destruir las instituciones venezolanas. El Tratado de Derecho Constitucional que se presenta contiene la reconstrucción del relato de la verdadera historia constitucional de Venezuela y el propósito de plantar con solidez el perfil de las instituciones democráticas en el país, frente a la absurda y falsa leyenda negra levantada por los defensores de un régimen despótico y extraño a los valores nacionales. Estamos inmensamente agradecidos por la admirable labor cumplida por Brewer, al ser el mayor divulgador del derecho en el país, porque su obra ha sido la de mayor extensión y difusión y porque como editor ha sido mecenas de toda una generación de autores de derecho público, pero por encima de todo, por haber construido la imagen de un derecho público nacional con arraigo histórico y al servicio del desarrollo económico y de la protección de las libertades ciudadanas.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, marzo de 2018.

PRESENTACIÓN DE LA OBRA A CARGO DEL DR. RAFAEL BADELL MADRID, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN

SUMARIO

I. Introducción II. Sobre el autor 1. Brewer-Carías profesor 1.1 Universidades Nacionales a. Universidad Central de Venezuela b. Otras universidades nacionales 1.2 Universidades extranjeras 1.3 Profesor Honorario 2. Brewer-Carías abogado 2.1 Sector público 2.2 Sector privado 3. Brewer-Carías académico 3.1 Academia de Ciencias Políticas y Sociales 3.2 Academias extranjeras 3.3 Otras instituciones 4. Condecoraciones y reconocimientos 5. Brewer-Carías autor III. Sobre el Tratado de Derecho Constitucional 1. Consideraciones generales - Tomo I: Historia constitucional de Venezuela. - Tomo II: Orígenes del constitucionalismo moderno en Hispanoamérica. - Tomo III: Cambio político y consolidación del Estado de Derecho 1958-1998. - Tomo IV: Instituciones del Estado democrático de derecho. Constitución de 1961. - Tomo V: Derechos y garantías constitucionales en la Constitución de 1961. - Tomo VI: Asamblea Constituyente y Proceso Constituyente (1999). - Tomo VII: La Constitución de 1999: El Estado democrático y social de derecho. - Tomo VIII: Golpe de Estado Constituyente, Estado constitucional y democracia. - Tomo IX: Concentración y centralización del poder y régimen autoritario. - Tomo X: Derechos y garantías constitucionales y la acción de amparo. - Tomo XI: El derecho y la acción de amparo en el derecho constitucional comparado. - Tomo XII: Justicia constitucional y jurisdicción constitucional. - Tomo XIII: Práctica y distorsión de la Justicia constitucional. - Tomo XIV: El juez legislador y la patología de la justicia constitucional. - Tomo XV: El desmantelamiento de la democracia y el Estado totalitario. - Tomo XVI: La destrucción del Estado de derecho, la ruina de la democracia y la dictadura judicial. IV. Nota final.

I. INTRODUCCIÓN

Me corresponde, el día de hoy, hacer la presentación general del Tratado de Derecho Constitucional del Dr. Allan Brewer-Carías. En primer lugar, agradezco a mis compañeros Académicos la generosa designación que sobre mí ha recaído y, especialmente, al numerario Dr. Ramón Escovar León, eficiente organizador de este evento.

La labor de presentar una obra es de grata significación para quien lo hace. En ella se estila referirse, en primer lugar, a su autor, quien obviamente, es el beneficiario del reconocimiento por su labor intelectual y el más importante de entre los asistentes al acto. Luego, se da cuenta del libro que se presenta, de su importancia y significación. Quince minutos suele ser un tiempo prudencial para ello.

En la mañana de hoy el asunto se presenta de distinta manera. En primer lugar, el autor no está presente. La intolerancia política, la arbitrariedad desbocada, y la ruptura del Estado de derecho lo impiden.

De otra parte, el autor de la obra no es una sola persona; ni el orden del día es la presentación de un solo libro.

Luego, el tiempo es escaso, lo decimos desde ya, porque la tarea es más compleja de lo habitual.

Que es de grata significación para mí, es auténticamente cierto pues me permite rendirle tributo, aunque es en verdad esta Academia entera quien por nuestro intermedio lo hace, a este venezolano excepcional por muchas razones. Por nuestra parte es momento estelar para ratificar nuestra admiración y estima por quien fue nuestro profesor en los cursos de post-grado de la Universidad Central de Venezuela, hace ya 35 años.

Pero, como he dicho, no es uno solo el autor de la obra que se presenta.

Son varios los Brewer-Carías. En primer lugar, y fue sin duda su origen, hay un Brewer-Carías profesor en Venezuela; especialmente en la Universidad Central de Venezuela, donde se recibió como abogado y Doctor en Derecho, ambos con la mención *summa cum laude*; ese Brewer Carías ha sido también profesor de las más prestigiosas universidades extranjeras.

Además, Brewer-Carías ha llevado adelante una intensa y valiosa actividad, como abogado, en el sector público y privado, ese es otro personaje.

Hay un Brewer Académico; miembro de esta Corporación, desde hace 40 años, y miembro de otras muchas corporaciones académicas extranjeras.

Hay, y decirlo hoy es una obviedad, un Brewer-Carías responsable de una extensísima obra escrita de más de 170 libros y más de 850 estudios monográficos, sobre temas de derecho público (constitucional y administrativo), administración pública e historia institucional y constitucional. Ese Brewer-Carías ha publicado más de trescientos (300) artículos y estudios en temas de derecho público y de administración pública, en revistas especializadas, así como en obras colectivas en los idiomas español, francés e inglés.

Dentro de esta abultada, variada, impresionante y útil obra escrita, se encuentra el Tratado de Derecho Constitucional, que como he dicho no es un solo libro; son dieciséis volúmenes que abarcan toda la vida Constitucional del país.

El monumental Tratado de Derecho Constitucional recoge y sistematiza en cerca de 18.000 páginas toda la labor investigativa del Dr. Brewer-Carías de las décadas pasadas en materia de derecho constitucional y es, sin duda, la obra más importante hasta ahora escrita en Venezuela sobre la materia.

II. SOBRE EL AUTOR

1. Brewer-Carías profesor

El origen de este gran jurista está asociado a la vida académica desde su labor como profesor, así como de investigador en la Universidad

Central de Venezuela, y su presencia determinante en las universidades más prestigiosas del mundo.

1.1. Universidades nacionales

a. Universidad Central de Venezuela

Allan Brewer-Carías se desempeñó como profesor de la Universidad Central de Venezuela desde el año 1963, donde fue Jefe de la cátedra de derecho administrativo, investigador en el Instituto de Derecho Público entre 1960 y 1987 y su Director entre 1979 y 1987.

En esa Universidad Central de Venezuela fue profesor de Fundamentos de la Administración Pública desde 1976 en la Escuela de Ciencias Políticas y Administrativas de la misma facultad, donde fue Jefe de la cátedra.

Fue asimismo fundador y coordinador de los cursos de postgrado en derecho administrativo desde 1981 y profesor allí de fundamentos constitucionales del derecho administrativo y derecho administrativo profundizado.

b. Otras universidades nacionales

El Dr. Brewer-Carías fue también profesor de las Universidades Católica Andrés Bello; Simón Bolívar; Católica del Táchira (San Cristóbal, Venezuela); la Universidad del Zulia (Maracaibo, Venezuela); la Universidad de los Andes (Mérida, Venezuela); y de los Institutos de Estudios Superiores de Administración (IESA, Caracas, Venezuela); Altos Estudios de la Defensa Nacional (IAEDEN Caracas, Venezuela); y en la Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación (Caracas, Venezuela).

En la Universidad Católica Andrés Bello, en el año 1966, fue profesor del seminario de derecho público sobre el régimen jurídico de las empresas del Estado. Entre los años 1987 y 1989 fue profesor del curso de derecho administrativo, en los cursos de doctorado; y en 1975 fue profesor del seminario sobre los problemas constitucionales de la integración latinoamericana, y director del curso sobre integración latinoamericana, en el Centro de Estudios Políticos, Económicos y Sociales (CEPES).

En la Universidad Simón Bolívar, además de dictar innumerables conferencias de derecho público, fue profesor del curso sobre intervención del Estado en la economía, en el año 1978.

En la Facultad de Derecho de la Universidad del Táchira, San Cristóbal, en 1981, fue profesor del curso sobre la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En la Universidad del Zulia dictó, igualmente como profesor, el curso sobre la Constitución de 1999, titulado “Constitución Política, Constitución Social y Constitución Económica”, con ocasión del Programa de Celebración de los 70 años de la Escuela de Derecho, en el año 2000.

En la Universidad de los Andes fue profesor de varios cursos relativos a los problemas institucionales del desarrollo, en 1968; la reforma administrativa en Venezuela, en 1976; y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en 1981, entre otros.

Ese Brewer-Carías, profesor, ha estado, en los pasados 50 años, en todas las universidades del país, Colegios de Abogados, Centros de Investigaciones Jurídicas y demás institutos, dando clases, cursos y toda clase de conferencias.

1.2 Universidades extranjeras

Como ya hemos señalado, la impronta de Brewer-Carías como profesor se ha extendido a otros países.

En Europa, Brewer-Carías se ha desempeñado como profesor en la Universidad de Cambridge, Reino Unido, desde 1972; en las Universidades de París II y X, Francia, en los años 1973, 1990 y 2000; y en la Faculté International pour L'enseignement du Droit Comparé, Strasbourg, Francia, entre los años 1967 y 1973.

En Latinoamérica, fue profesor y conferencista en la Universidad del Rosario (Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario), Bogotá, Colombia, entre 1998 y 2000; en la Universidad Externado de Colombia en los años 2002 al 2004; en la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia, a partir del año 1995; en la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México, desde 1976; en la Pontificia Universidad Católica del Perú en los años 2005 y 2006.

En Norteamérica, Brewer-Carías ha impartido conferencias, cursos y clases en Columbia University en la ciudad de Nueva York, a partir del año 2002; en la University Of Texas, Austin en el año 2000; y en la Duquesne University, en Pittsburg, entre el año 2004 y el año 2006.

Brewer-Carías ha formado parte de numerosos Congresos internacionales en materias jurídicas y de ciencias políticas y administrativas. Fue organizador de la Mesa Redonda del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Caracas, 1972; del Congreso Internacional de Derecho y Administración de Aguas, Caracas, 1979, y del IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas, 1982.

1.3. Profesor Honorario

Igualmente, Brewer-Carías ha sido nombrado profesor honorario en muchas universidades: La Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina, en 1977; la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora de El Rosario, Santafé de Bogotá, en 1978; la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, en 1995; Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, en 1987; Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, en 1995; Universidad Bicentennial de Aragua, Maracay en 1999; Universidad del Zulia, Maracaibo, en el año 2002; Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, Ecuador, en 2005.

2. Brewer-Carías abogado

El autor Allan Brewer-Carías ha tenido también una intensa y destacada actividad en el ejercicio profesional, tanto en el sector público como en el privado.

2.1. Sector público

En efecto, Brewer-Carías se ha destacado, desde 1963, en el sector público. Fue Consultor Jurídico Adjunto del Ministerio de Justicia entre los años 1963 y 1964; Contralor Delegado en la Contraloría General de la República en 1964; y Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral entre los años 1965 y 1968.

Así mismo, ha ocupado los cargos de Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República en los años

1969 hasta 1972; fue Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia del año 1979 al año 1984; Miembro Suplente del Consejo Supremo Electoral en 1979 hasta 1989; Senador por el Distrito Federal desde 1982 hasta 1986; Ministro de Estado para la Descentralización en los años 1993 y 1994; y Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999.

Adicionalmente, Brewer-Carías ha cooperado en la redacción de varios proyectos de leyes, entre ellas: la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; la Ley Orgánica de la Administración Central; la Ley Orgánica del Sufragio; la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio; la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; Ley Orgánica de Régimen Municipal; Ley Orgánica de Ordenación Urbanística; Ley Orgánica del Distrito Federal, así como de muchos otros Proyectos de Ley en el campo administrativo, como los de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; la Ley de la Jurisdicción Constitucional; la Ley Orgánica de la Administración Descentralizada; la Ley de Coordinación del Tránsito y Transporte en el Área Metropolitana de Caracas y la Ley de Aguas.

Asimismo, el Dr. Brewer-Carías fue corredactor de la Constitución del Estado Aragua y del Estado Yaracuy (1979-1980) y de otras Leyes y Constituciones de diversos Estados de la República.

2.2 Sector Privado

En el sector privado, Brewer-Carías ha tenido igualmente una amplia carrera profesional. Es Socio fundador de la firma de abogados Baumeister & Brewer en Caracas, 1974, dedicados a materias propias del derecho público, particularmente, del derecho constitucional, administrativo, urbanístico, municipal. En desarrollo de esa actividad ha sido asesor legal de numerosas instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras.

3. Brewer-Carías Académico

También existe un Brewer Académico, miembro activo de esta Corporación y, además, de muchas prestigiosas corporaciones académicas de otros Países.

3.1 Academia de Ciencias Políticas y Sociales

En efecto, desde hace 40 años, Brewer-Carías es un muy importante y valioso miembro de esta Corporación. Ingresó a esta Academia en sustitución del Dr. Cristóbal Mendoza y fue su Presidente entre los años 1998 y 1990.

En esta Corporación el Dr. Brewer-Carías ha destacado como uno de los miembros más notables. Todavía hoy, aun en el exilio, Brewer-Carías participa activamente en esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a través de opiniones, artículos y conferencias.

Un ejemplo de la importancia del Académico Brewer-Carías es la abultada obra escrita publicada en nuestro Boletín.

En efecto, desde el año 1976, aún antes de su incorporación como numerario de esta Corporación, Brewer-Carías ha publicado en el Boletín una cantidad de trabajos de investigación, estudios, discurso, etc., entre los cuales vale la pena mencionar los siguientes:

La reforma del régimen legal de las aguas en Venezuela. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 35, No. 66-67 (1976).

Palabras leídas por el Dr. Allan R. Brewer-Carías en la oportunidad de recibir el 15 de octubre de 1976, el premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 36, No. 68 (1977).

Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, del doctor Allan R. Brewer-Carías: El urbanismo en Venezuela y la cuestión jurídico-institucional. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 38, No. 75-76 (1978-1979).

Algunas consideraciones sobre las cláusulas de variación de precios en los contratos administrativos. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 38, No. 81 (1980).

Las pruebas en derecho administrativo. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 39, No. 87-88 (1982).

La formación del abogado y los problemas del ejercicio de la abogacía. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 39, No. 91 (1983).

Ideas centrales sobre la organización del Estado en la obra del libertador y sus proyecciones contemporáneas. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 40, No. 95-96 (1984).

Discurso del Académico Allan R. Brewer-Carías con motivo de la presentación de la obra Liber Amicorum, en homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci Abraham. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 71, No. 129 (1994).

Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 64, No. 134 (1997).

Discurso con motivo de la toma de posesión de la nueva junta directiva electa para el período 1997-1998. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 64, No. 134 (1997).

Foro sobre la reforma constitucional y creación de la figura del Primer Ministro / Pedro Pablo Aguilar; José Guillermo Andueza A.; Allan R. Brewer-Carías; Carlos M. Ayala Corao; Gerardo Fernández. En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 65, No. 135 (1998).

Discurso del Dr. Allan R. Brewer-Carías, presidente saliente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con motivo de la toma de posesión de la nueva directiva, presidida por el Dr. José Luis Aguilar Gorrondona para el período 1999-2000. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 65, No. 135 (1998).

Sistematización para un Código de Derecho. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 67, No. 137 (2000).

La descentralización política en la Constitución de 1999: Federalismo y Municipalismo (una reforma insuficiente y regresiva). Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 68, No. 138 (2001).

La legitimación activa ante la justicia constitucional en Venezuela. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 69, No. 139 (2002).

Modelos de revisión constitucional en América Latina. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 70, No. 141 (2003).

La ilegítima despersonalización de las sociedades, la ilegal distorsión del régimen de la responsabilidad societaria y la violación del

debido proceso en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Venezuela. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 142 (2004).

Quis custodiet ipsos custodes: de la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 143 (2005).

Balance y perspectivas de los treinta años del Control Judicial de los Poderes Públicos en Venezuela. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 149 (2010).

Las primeras manifestaciones del constitucionalismo en tierras americanas: las constituciones provinciales y nacionales de Venezuela y la Nueva Granada en 1811-1812, como fórmula de convivencia democrática civilizada. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 150 (2011).

Eloy Lares Martínez, un administrativista integral /Jornadas Conmemorativas al Centenario del nacimiento de Eloy Lares Martínez, 14 de mayo 2013. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 152 (2013).

Todavía están vigentes, 40 años después de la incorporación de este Académico, las palabras del muy distinguido académico José Muci-Abraham cuando en la oportunidad de recibir al nuevo Académico señaló: “*Siempre he dicho, y me place reiterarlo en este momento, que en este nuevo compañero de Academia se dan con creces tres cualidades que de manera infrecuente tienen cabida en una misma persona: inteligencia excepcional, capacidad para el trabajo que desconoce la fatiga y una gran calidad humana*”.

3.2 Academias extranjeras

El profesor Brewer-Carías además es miembro correspondiente extranjero, o miembro honorario, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, desde 1992); de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, Colombia desde 1996.

Asimismo, el Dr. Brewer es miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, España a partir del año 2008; de la Academia Chilena de Ciencias Políticas, Sociales y Morales, Santiago de Chile, desde 2011; de la Academia Peruana de Derecho, desde 2011;

y de la Real Academia Hispanoamericana de Historia Ciencias y Artes, Cádiz, desde el año 2016.

3.3 Otras instituciones

El Dr. Brewer-Carías ha sido Vice-Presidente del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas, entre los años 1971-1977; fundador y secretario organizador de la Asociación Latinoamericana de Administración Pública, en 1972; organizador y Primer Presidente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en 1972; y Presidente de la Asociación Internacional de Derecho y Administración de Aguas, entre los años 1975 y 1986.

También, ha sido miembro de la Sociedad de Legislación Comparada, París, desde 1976. Fue Secretario General de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración entre los años 1978 y 1999); Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, en 1981; Vice-Presidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado (The Hague), desde 1982; Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Comparado en el año 1982 hasta 1998; y miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, Costa Rica, desde 1984.

4. Condecoraciones y reconocimientos

Brewer-Carías, en su impresionante trayectoria como profesor, investigador, abogado, académico y autor de la más abundante bibliografía en el país, ha sido merecedor de muchos reconocimientos otorgados por diversos sectores académicos. Entre las premiaciones y condecoraciones, podemos mencionar las siguientes:

En el año 1964 recibió el más alto premio que conceden los reglamentos universitarios -mención *Summa Cum laude*- a su tesis de grado “Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana”.

En 1964 recibió el Premio Luis Sanojo otorgado por la Fundación Rojas Astudillo, por su tesis de grado publicada en libro “Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana”.

En 1968 recibió el Primer Premio del Concurso del Congreso Latinoamericano de Entidades Fiscalizadoras, por su libro “El control de las actividades económicas del estado en el derecho venezolano”.

En el año 1976 recibió el Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Premio de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela por su libro “Cambio político y reforma del estado en Venezuela”.

En 1979 recibió la Mención de Honor en el Premio XX Aniversario del Ministerio de Justicia dado a su libro “Derecho administrativo, Tomo I”.

En 1981 recibió el Premio Nacional de Ciencias de Venezuela, por su obra y trayectoria en el mundo del derecho y ciencias sociales.

Por su amplia trayectoria profesional, el Dr. Brewer ha recibido las distinciones: “Condecoración Orden “Cristóbal Mendoza” en su Primera Clase, del Colegio de Abogados del Estado Carabobo en 1983; y la Condecoración “Arminio Borjas” en su Primera Clase, otorgada por la Federación del Colegio de Abogados de Venezuela 1983.

En 2002 recibió el Premio Francisco De Venanzi a la trayectoria del investigador Universitario, de la Universidad Central de Venezuela, en Caracas.

Doctorados honoris causa

Brewer-Carías ha recibido de tres universidades Doctorados Honoris Causa: Universidad Católica del Táchira San Cristóbal, en abril 1992; Universidad de Granada, España, en diciembre de 1986; y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid en septiembre de 1996.

5. Brewer-Carías autor

Como ya hemos dicho, Brewer-Carías tiene una extensa obra escrita en más de 170 libros y más de 850 estudios monográficos en temas de derecho público (constitucional y administrativo), administración pública, historia institucional y constitucional, y derechos humanos. Ha publicado más de trescientos (300) artículos y estudios en temas de derecho público y de administración pública, en revistas especializadas, así como en obras colectivas en los idiomas español, francés e inglés.

En esta intensa actividad de producción de doctrina jurídica, que lleva adelante desde hace ya 60 años, merece reconocimiento especial

que desde el año 1980 el profesor Brewer-Carías ha sido el director y factor fundamental de la Revista de Derecho Público de Venezuela, instrumento de incalculable valor doctrinario, tanto para el derecho nacional como internacional.

III. SOBRE EL TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Consideraciones generales

El Tratado de Derecho Constitucional presentado el día de hoy se encuentra dentro de la abultada, monumental, variada, impresionante y útil obra escrita por el profesor Brewer-Carías, y está desarrollado en dieciséis tomos que abarcan toda la vida constitucional de Venezuela.

El Tratado de Derecho Constitucional del profesor Brewer Carías recoge y sistematiza, en cerca de 18.000 páginas, toda la labor investigativa del autor de las décadas pasadas, en materia de derecho constitucional y constituye la obra más importante hasta ahora escrita en el país sobre la materia.

Los dieciséis tomos que conforman esta obra, desde el primero de ellos -relativo a la Historia Constitucional de Venezuela- que dio inicio al Tratado, fueron publicados sucesivamente desde el año 2013 y hasta el 2017. En ellos, el autor abarca todos y cada uno de los temas que estructuran el derecho constitucional, así como su desarrollo en Venezuela, de la siguiente forma:

TOMO I

Historia constitucional de Venezuela

El tomo I, sobre la Historia Constitucional de Venezuela, reseña la larga experiencia política y constitucional del país, desde 1810 hasta nuestros días, la cual ha dividido el autor en cinco grandes períodos: el de la formación del Estado independiente y autónomo (1811–1863); el del Estado federal (1863–1901); el del Estado autocrático centralizado (1901–1945); el del Estado democrático centralizado de partidos (1945–1999), y el que hasta ahora está en curso de conformación, lamentablemente con signos de Estado autoritario, centralista y militarista (1999–2008).

TOMO II

Orígenes del constitucionalismo moderno en Hispanoamérica

Los *Orígenes del constitucionalismo moderno en Hispanoamérica* son tratados en el Tomo II de la obra del profesor Brewer-Carías, el cual recoge sistemáticamente en siete partes todos los trabajos del autor publicados en las últimas décadas, con especial atención a *la organización territorial del Estado, al inicio del constitucionalismo moderno*, las bases del constitucionalismo moderno y su penetración en los territorios de la América colonial, y los procesos constitucionalistas en Hispanoamérica.

TOMO III

Cambio político y consolidación del Estado de Derecho 1958-1998

El tercer Tomo de la Colección *Tratado de Derecho Constitucional* fue publicado en el año 2015 y está referido al proceso de cambio político y de consolidación del Estado democrático y social de derecho en Venezuela desarrollado entre 1858 y 1998; y está conformado por el texto de cinco libros que fueron publicados entre 1975 y 1988, en los cuales quedaron expresadas las reflexiones que el autor fue haciendo y escribiendo sucesivamente a partir de 1972, después de haber tenido su primer contacto con la política y con el funcionamiento del Estado, primero, como Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral entre 1965 y 1969, y luego, como Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República, entre 1969 y 1972.

TOMO IV

Instituciones del Estado democrático de derecho. Constitución de 1961

El Tomo IV, se refiere a *Las instituciones del Estado democrático de derecho en la Constitución de 1961*, y tiene por objeto estudiar, en nueve partes, el proceso de la configuración y consolidación del Estado de derecho en el régimen constitucional del periodo democrático que se inició en 1958 y que se extendió hasta 1999, en las cuales se analizan sucesivamente: los principios esenciales del sistema constitucional del

Estado democrático y social de derecho de la Constitución de 1961; los principios generales de la concepción misma del Estado de derecho; la Constitución Política; la Constitución económica; el régimen del Poder Público; las bases constitucionales de la actuación internacional del Estado, el régimen de la estructura política y constitucional del Estado bajo la forma federal, con particular referencia al régimen de los Estados y de los Municipios; el sistema de gobierno de la República; y al régimen constitucional de la Administración Pública.

TOMO V

Derechos y garantías constitucionales en la Constitución de 1961

El tomo V del “Tratado de Derecho Constitucional” está referido a los Derechos y Garantías Constitucionales en la Constitución de 1961 (La Justicia Constitucional), abarcando en cinco partes el estudio del sistema de derechos políticos en el régimen democrático; el régimen constitucional de los derechos, libertades y deberes que se establecieron en la Constitución de 1961; el sistema venezolano de justicia constitucional consolidado en el marco de la Constitución de 1961, y que es el antecedente inmediato y fundamento histórico del régimen que en la materia se previó en la Constitución de 1999; la Jurisdicción Constitucional que tiene a su cargo el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad en Venezuela; y, bajo el ángulo del derecho comparado, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, particularmente con referencia a América Latina.

TOMO VI

Asamblea Constituyente y Proceso Constituyente (1999)

En el Tomo VI, titulado “Asamblea Constituyente y proceso constituyente de 1999”, el profesor Brewer-Carías reúne los libros y artículos, con los estudios, análisis, propuestas, proyectos y críticas, tanto respecto de la forma como se desarrolló el proceso constituyente de 1999, como del asalto al poder que se hizo con el instrumento de la Asamblea Constituyente. El profesor Brewer Carías contribuye en esta publicación no sólo desde la perspectiva del gran jurista, sino desde su actuación como constituyente, testigo de excepción de ese proceso

constituyente, en el cual el autor tuvo la importante tarea de exponer y defender los conceptos propios de la teoría constituyente, ajenos al pensamiento de la gran mayoría.

TOMO VII

La Constitución de 1999:

El Estado democrático y social de derecho

El extenso Tomo VII, está conformado por el texto actualizado de la obra *La Constitución de 1999: Derecho Constitucional Venezolano*, del Dr. Brewer-Carías, publicada en dos Tomos por la Editorial Jurídica Venezolana en 2004. Dicha obra, a su vez, fue el resultado de la reelaboración y ampliación del estudio sobre *La Constitución de 1999*, que elaboró el autor y que publicó la misma Editorial en 2000, apenas la Constitución de 1999 fue sancionada, y que resultó del trabajo que asumió el profesor Brewer-Carías como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente.

El Tomo VII trata en doce partes todos los aspectos jurídicos, políticos, económicos, sociales y culturales presentes en la Constitución de 1999, desde las ideas del Preámbulo hasta el régimen transitorio en la Constitución de 1999.

En efecto, el Tomo VII abarca el estudio de los principios fundamentales de la organización del Estado y del sistema político en la Constitución de 1999; la constitución y distribución del Poder Público; la constitución política donde analiza la separación orgánica de poderes y sus limitantes; la constitución de las personas: que establece los derechos, libertades y deberes constitucionales de las personas; la constitución de las garantías; la constitución social y en ella los derechos sociales y de las familias, los derechos laborales, ambientales, culturales, educativos y de los pueblos indígenas; la constitución económica y financiera, que determina los principios del sistema económico, el régimen de los derechos económicos, el régimen de la intervención del Estado en la economía, el régimen fiscal, el régimen tributario y el régimen de los bienes públicos; y por último la constitución garantizadora de la Constitución y la previsión de la justicia constitucional como protectora de la supremacía constitucional.

TOMO VIII
Golpe de Estado Constituyente,
Estado constitucional y democracia

y
TOMO IX

Concentración y centralización del poder y régimen autoritario

El Tomo VIII de la Colección Tratado de Derecho Constitucional, titulado: *Golpe de Estado Constituyente, Estado Constitucional y democracia*, al igual que en el Tomo IX de la misma Colección, bajo el título: *Concentración y centralización del poder y régimen autoritario*, recoge diversos estudios elaborados por el profesor Brewer-Carías durante los últimos años, luego de concluido el proceso constituyente de 1999 y conforme se fue desarrollando el régimen político al amparo de la nueva Constitución.

En los mismos, el Dr. Brewer-Carías se refirió al impacto que produjo el golpe de Estado constituyente que dio la Asamblea Nacional Constituyente en 1999 en la configuración del Estado Constitucional y del régimen democrático que en la misma se estableció; y además, a la efectividad de los diversos principios fundamentales establecidos en la Constitución para asegurar el funcionamiento del Estado constitucional y la vigencia de la propia democracia.

TOMO X

Derechos y garantías constitucionales y la acción de amparo

El décimo Tomo, por su parte, agrupa buena parte de los estudios del Dr. Brewer-Carías sobre los derechos y garantías constitucionales y la acción de amparo en Venezuela e incluye el estudio sobre el origen del régimen constitucional de los derechos del hombre y del ciudadano en la América Hispana (1811-1812); investigación sobre la historia de la regulación de los derechos humanos en Venezuela desde 1811; diversos estudios sobre las modalidades de protección de los derechos humanos; otros estudios sobre los derechos humanos escritos entre 1970 y 2015, específicamente referidos a la libertad de información, a la intimidad y vida privada, a la libertad personal, a la libertad de expresión

del pensamiento, al acceso a la información, a la seguridad social, a la justiciabilidad de los derechos sociales y al derecho a la paz; y por último, los antecedentes y el régimen del proceso de amparo a los derechos fundamentales en Venezuela.

TOMO XI

El derecho y la acción de amparo en el derecho constitucional comparado

En el Tomo XI, al igual que el Tomo X, el profesor Brewer-Carías profundiza sobre el estudio del derecho y la acción de amparo, pero lo dirige al derecho constitucional comparado y recoge en forma sistematizada, en cinco partes, sus comentarios sobre el proceso de amparo de los derechos y garantías constitucionales con una visión comparativa en el derecho iberoamericano.

De esta forma, en el Tomo XI expone en su mayor parte una síntesis comparativa sobre el régimen del amparo o de protección de los derechos fundamentales en la legislación latinoamericana.

TOMO XII

Justicia constitucional y jurisdicción constitucional

El Tomo XII, en casi 2000 páginas, concentra todos los estudios del autor referidos al régimen de la justicia constitucional, desarrollado a partir de 2000, en el marco de las regulaciones de la Constitución de 1999, la mayoría de los cuales fueron publicados en forma dispersa en libros y revistas durante los últimos lustros, y que comprenden la continuación del contenido del Tomo V de la Colección, en el cual fueron recogidos todos los estudios sobre Justicia Constitucional escritos antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999.

TOMO XIII

Práctica y distorsión de la Justicia constitucional

“Práctica y distorsión de la Justicia Constitucional” es el título del tomo XVIII, que recoge una serie de estudios y trabajos del profesor

Brewer-Carías destinados a estudiar, en la práctica, *el funcionamiento de la justicia constitucional en un Estado totalitario, con una Sala Constitucional que ha estado al servicio del Poder Ejecutivo para destruir las bases del Estado de derecho y pervertir la democracia*, cosa que ha ocurrido sistemáticamente en Venezuela desde 2000.

TOMO XIV

El juez legislador y la patología de la justicia constitucional

El Tomo XIV se refiere al Juez Legislador y la patología de la Justicia Constitucional, y abarca trabajos publicados por el profesor Brewer-Carías sobre el tema general de la justicia sometida al poder por obra de la Jurisdicción Constitucional. En siete partes, el Tomo XIV trata sobre el problema general de la ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela; el tema del Juez Constitucional como legislador positivo en el derecho comparado y especialmente en Venezuela; el Juez Constitucional contra los derechos ciudadanos, particularmente los derechos políticos; el Juez Constitucional como agente contra el orden y el principio democrático; la jurisdicción constitucional contra la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos (con especial referencia a la ilegítima mutación de la Constitución por el Juez Constitucional mediante la eliminación del rango supra constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el desconocimiento en Venezuela de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la declaración de inejecutabilidad de las decisiones de la mismas mediante el ejercicio de un ilegítimo “control de constitucionalidad” de dichas sentencias por la Sala Constitucional); y finalmente, sobre la justicia constitucional y desobediencia civil.

TOMO XV

El desmantelamiento de la democracia y el Estado totalitario

El Tomo XV, *Desmantelamiento de la democracia y Estado Totalitario*, engloba el texto de tres libros: *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, publicado por Cambridge University Press, New York, 2010; *Estado Totalitario y Desprecio a la Ley*, La

desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela, publicado por Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; y *Constitutional Law. Venezuela*, publicado por Kluwer Law International, International Encyclopaedia of Laws, 2012, actualizado en febrero 2015. Además, incluye otro texto del autor referido al *proceso de desquiciamiento de la Administración Pública, como consecuencia de la progresiva implantación del Estado Totalitario*.

TOMO XVI

La destrucción del Estado de derecho, la ruina de la democracia y la dictadura judicial

El último Tomo -número XVI-, publicado por la Editorial Jurídica Venezolana en el año 2017, recoge tres de los últimos libros del profesor Brewer-Carías publicados entre los años 2015 y 2016, titulados: *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015* (Prólogo de Manuel Rachadell), Colección Estudios Políticos, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 478 pp.; *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015*, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 694 pp.; y *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Con presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández y Jesús María Alvarado Andrade), Colección Estudios Políticos, N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, primera edición 474 pp., segunda edición 488 pp.; en los cuales Brewer-Carías analiza la evolución y situación constitucional del país en los últimos años, así como la lamentable actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

IV

NOTA FINAL

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales siente especial orgullo al presentar el día de hoy esta extraordinaria obra, cuyo autor es uno de los más ilustres de sus miembros; el representante más importante

del derecho público en Venezuela y uno de los más relevantes en el mundo.

Brewer-Carías en la presentación del último tomo de su Tratado de Derecho Constitucional culmina con la siguiente frase: “Estoy seguro que en el futuro, cuando ya no esté circulando físicamente por las avenidas de la vida, todos apreciarán el esfuerzo que he hecho de rescatar una obra extensísima y dispersa, escrita durante décadas, que de no haberla compilado y sistematizado en estos tomos, es muy probable que hubiera quedado diluida en el tiempo y en el mundo”¹.

Profesores, investigadores y estudiantes en Venezuela y en el extranjero tienen ahora la oportunidad de aprovecharse, fácilmente, de la extraordinaria obra de este gran jurista, que hoy nos ha honrado presentar.

Es ésta la más importante obra en Venezuela en todos los tiempos; que no quedará diluida, antes y por el contrario, la perspectiva del tiempo permitirá apreciar y aprovechar, en su verdadera e inmensa dimensión.

Palacio de las Academias

¹ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan, “La destrucción del estado de derecho, la ruina de la democracia y la dictadura judicial”, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XVI, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017. P.17.

**LA OBRA DE ALLAN R. BREWER-CARÍAS
EN EL DERECHO COMPARADO.
TEXTO DEL VIDEO A CARGO DEL
DR. JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ.***

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello. Visiting Fellow, Center for International Development at Harvard.

En la vasta obra intelectual de Allan R. Brewer-Carías sobresale su interés en el Derecho Comparado. Ese contacto comenzó en 1966, cuando a través de Roberto Goldshmidt, Brewer-Carías asumió la Ponencia General sobre *El régimen de las actividades industriales y comerciales de los Poderes Públicos* para la *Academia Internacional de Derecho Comparado*. El resultado, como todas las obras emprendidas por Brewer-Carías, fue extraordinario. Tal y como lo resumió el profesor mexicano León Cortiñas Peláez:

“A los 26 años, sólido y sereno en su francés *sorbonnard*, Brewer-Carías deslumbró el areópago de Upsala mediante una de esas demostraciones que prueban que el subdesarrollo no es problema de hombres y en definitiva será derrotado por el crecimiento de la noosfera en países que se honran con científicos de esta categoría”.

No es usual que un estudioso del Derecho Administrativo se dedique al Derecho Comparado. Así, como pude recordar hace no mucho con ocasión al análisis del aporte de Brewer-Carías en el Derecho Administrativo Comparado, el Derecho Administrativo –y el Derecho Público en general- tienden a ser considerados el “pariente pobre” del Derecho Comparado. Una posible explicación de ello es que el Derecho Público se centra en el Estado, y por ello, tiende a ser una disciplina centrada en las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales únicas de cada Estado.

Pero como Allan R. Brewer-Carías ha demostrado, el método del Derecho Comparado no solo es posible en el Derecho Público, sino que además, aporta una novedosa visión, pues el contraste de sistemas y modelos jurídicos permite apreciar, mucho mejor, las debilidades y fortalezas del Derecho Público doméstico.

Esto lo ha comprendido muy bien Brewer-Carías, al punto de dedicar buena parte de su actividad académica a estudios especiales de Derecho Público Comparado, correspondiéndole además desempeñarse como Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Pero además, Brewer-Carías adoptó el método comparado en su análisis general del Derecho Público venezolano, tal y como puede comprobarse al revisar el índice del Tomo XI del *Tratado de Derecho Constitucional* que hoy presenta la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, dedicado al estudio del derecho y la acción de amparo en el Derecho Constitucional Comparado.

La apertura intelectual de Brewer-Carías al Derecho Comparado ha contribuido a la difusión de su obra más allá de las fronteras de Venezuela. No creo equivocarme al señalar que, hoy día, Allan R. Brewer-Carías es el jurista venezolano de mayor proyección mundial. No existe Conferencia o Congreso Internacional en el cual Brewer-Carías no sea invitado y en el cual su obra no sea citada. La universalidad de su pensamiento es, en buena medida, resultado de su temprano interés por el Derecho Comparado.

En tal sentido, y como en muchos de sus aportes intelectuales, Brewer-Carías se anticipó a lo que, hoy día, puede considerarse como una tendencia creciente en el Derecho Público. En efecto, para la década de los sesenta, el estudio comparado del Derecho Público, y en especial, del Derecho Administrativo, no era una metodología común, por las razones que he señalado.

Sin embargo, la globalización ha contribuido a modificar sensiblemente esa realidad. Así, como es sabido, la globalización económica ha estado acompañada de lo que la doctrina francesa denomina la mundialización del Derecho. La norma jurídica ya no es solo una norma estatal, sino que es también una norma que opera en lo que Sabino Cassese llama el espacio global. Como es natural, fue el Derecho Mercantil, o si se quiere, el Derecho Económico Privado, el que primero acusó este impacto, ante la necesidad de establecer normas económicas para una economía global, tal y como ha señalado el académico James-Otis Rodner.

Podo después la tendencia se extendió al Derecho Público. Creo que ello ha sido resultado de dos corrientes. La primera, es el proceso

de mundialización de los derechos humanos, como lo ha denominado el académico Carlos Ayala Corao. Este proceso ha llevado a lo que se ha considerado como el Derecho Constitucional Global, que no es más que el conjunto de normas y organizaciones internacionales que garantizan y salvaguardan a los derechos humanos en el espacio global.

La segunda corriente tiene que ver con el surgimiento de organismos internacionales que llevan a cabo una especie de actividad administrativa. No se trata, en absoluto, de un tema novedoso: a él se refirió, en su momento, J.M. Hernández-Ron al estudiar el Derecho Administrativo Internacional. La globalización lo que hizo fue acelerar la creación de organizaciones internacionales más complejas, en lo que se ha denominado el Derecho Administrativo Global, tema ampliamente estudiado por el académico José Antonio Muci.

La expresión Derecho Administrativo Global, y tanto más, Derecho Constitucional Global, han sido cuestionadas por imprecisas. En mi opinión, se trata simplemente de expresiones con las cuales quiere describirse un cambio transcendental derivado de la globalización y su impacto en el Derecho Público. De esa manera, y en un sentido más restringido, el Derecho Público Global podría ser considerado como el conjunto de principios generales de Derecho Público sistematizados desde el método de Derecho Comparado, y que constituyen fuente de Derecho Internacional en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

De manera tal que la globalización promueve el método comparado en el Derecho Público. Así, el profesor Stephan Schill, de la Universidad de Ámsterdam, ha venido proponiendo la construcción de la *Lex Mercatoria Publica*, para compendiar, desde el método comparado, los principios generales de Derecho Público que inciden en la globalización económica.

Existen, claro está, barreras culturales. El Derecho Global, al promover la movilidad de capitales y recursos humanos, difumina las fronteras del Estado, lo que encuentra resistencia frente a la tradicional concepción estatista del Derecho basada en el concepto de soberanía, que es la esencia del *Estado-Nación*. El profesor Ricardo Hausmann, de la Universidad de Harvard, ha venido aludiendo en tal sentido a la importancia de estudiar el “sentido de nosotros” (“*the sense of us*”),

precisamente para comprender mejor la resistencia hacia la movilidad de capitales y recursos humanos. Vencer esa resistencia es necesario para promover la complejidad económica y con ello, el crecimiento económico. De esa manera, el Derecho Global -y el método comparado en el cual éste se basa- puede contribuir a fomentar la complejidad económica y con ello, el crecimiento económico.

Además, la globalización del Derecho Público tiene hoy día un especial interés, vistos los riesgos globales a la democracia liberal. Como recientemente ha señalado Yascha Mounk, hay dos tipos de riesgos que deben considerarse. Por un lado, el surgimiento de regímenes autoritarios -amparados en una apariencia de constitucionalidad- ha derivado en una “democracia iliberal”; por el otro lado, hay evidencias de un liberalismo no-democrático, por formas de gobierno que, basadas en la tecnocracia, no tienen sin embargo origen democrático. El Derecho Público Global, centrado en la universalidad de los derechos humanos, puede ser una útil herramienta para reconstruir a la democracia liberal.

Por último, los aportes de Allan R. Brewer-Carías al Derecho Comparado tienen hoy día, para Venezuela, un valor adicional. La completa destrucción de la democracia liberal en Venezuela, como resultado de un proceso consolidado por la ilegítima y fraudulenta asamblea nacional constituyente, ha dado a nuestra crisis un interés especial dentro del espacio global. La obra de Brewer-Carías, dedicada también a la denuncia sistemática de este proceso destructivo, ha contribuido al mejor entendimiento de nuestra realidad por parte de la comunidad internacional.

La presentación de la obra *Tratado de Derecho Constitucional*, que compendia la obra completa de Allan R. Brewer-Carías en Derecho Constitucional, es ocasión propicia para resaltar el aporte de la doctrina de Brewer-Carías en el Derecho Comparado y en la defensa universal de los derechos humanos y la democracia liberal.

Boston, Marzo de 2018

RESUMEN

El estudio del Derecho Público Comparado contribuye a la mejor comprensión de la globalización y del Derecho Público Global.

PALABRAS CLAVES

Derecho Comparado,
Derecho Público Global,
globalización

ABSTRACT

The study of the Comparative Public Law contributes to a broader understanding of the globalization and the Global Law.

KEYWORDS

Comparative Law,
Global Public Law,
globalization

**HOMENAJE A ALLAN BREWER-CARÍAS
A CARGO
DEL PROF. JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

El día de hoy celebramos la publicación de una nueva obra del Profesor Allan Randolph Brewer-Carías. Aludo al Tratado de dieciséis tomos que compendia los distintos trabajos en materia de Derecho Constitucional que el Profesor Brewer ha elaborado a lo largo de su dilatada y brillante carrera académica. Y con ocasión de esa celebración la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha querido realizar un acto en el que se destacasen, desde distintas ópticas, los múltiples aportes del Profesor Brewer-Carías al Derecho venezolano.

A solicitud de mis compañeros de Academia me corresponde referirme al Derecho administrativo en la obra del Profesor Brewer. Tarea ardua, no cabe la menor duda, por lo prolífico del autor y por la brevedad que me han pedido observe al intervenir en este sentido homenaje.

Todos sabemos que Brewer-Carías es un investigador notable. Todos conocemos la calidad de su obra escrita.

Ahora bien, si de lo que se trata es de determinar cuáles han sido los aportes del Profesor Brewer-Carías al estudio y desarrollo del Derecho Administrativo, le propongo a la audiencia retroceder en el tiempo porque, como veremos de seguida, ese viaje en el tiempo resulta fundamental para apreciar la obra del Profesor Brewer en su justa dimensión.

Retrocedamos entonces en el tiempo y detengamos el reloj en algún momento del año lectivo 1958-1959. Ese año Brewer-Carías, a la sazón estudiante de segundo año de Derecho en la Universidad Central de Venezuela, cursaba Derecho Administrativo con el Profesor Gonzalo Pérez Luciani. De esas clases quedaron sus *Esquemas de Derecho Administrativo I* (Tesis 1-16), editados por el Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, que Brewer elaboró siguiendo el programa que Pérez Luciani empleaba para impartir sus lecciones. Esos Esquemas, utilizados luego por otros estudiantes de Derecho, dejan constancia de la consulta y estudio por

Brewer -aún estudiante- de las obras, de autores conocidos por todos, que integraban su novel biblioteca: Fleiner, Jellinek, Kelsen, Merkl, Duguit, Carré de Malberg, Jèze, Waline, Sayagués Laso, Bielsa y Villegas Basabilbaso, por solo mencionar algunas.

Lo que me interesa destacar de manera particular el día de hoy es que Brewer-Carías se inicia en la disciplina del Derecho Administrativo consultando las obras de autores extranjeros, y que a tales obras se sumaban los folletos mimeografiados que documentaban las clases de Antonio Moles Caubet en la Universidad Central de Venezuela. Me interesa destacar esta circunstancia porque revela que para aquel entonces la bibliografía venezolana en materia de Derecho Administrativo era muy escasa, por no decir que casi inexistente. Constituían notables excepciones el *Tratado Elemental de Derecho Administrativo* de Hernández-Ron (1937) y el *Derecho Administrativo Especial* de Polanco Alcántara, publicado justo cuando Brewer escribía sus *Esquemas de Derecho Administrativo I* (1959).

Bajo la dirección de Antonio Moles, a mediados de 1960 Brewer-Carías comienza a trabajar como Auxiliar de Investigación en el Instituto de Derecho Público, y a lo largo de 1961 comparte esa actividad con el trabajo en el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia, en calidad de Auxiliar de Asuntos Legales para el Estudio de la Jurisprudencia de la Antigua Corte Federal. Es el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia donde descubre -por así decirlo- que había existido la Corte Federal y, antes de ella, la Corte Federal y de Casación. Y hecho ese descubrimiento es allí donde por iniciativa propia comienza a estudiar, con la anuencia del para entonces director del Instituto, Juan Porras Rengel, las sentencias que esas Cortes habían pronunciado para resolver asuntos relacionados con el Derecho Administrativo. La iniciativa de Brewer representaba un cambio radical -no nos cabe duda en propósito- porque hasta ese entonces había sido la jurisprudencia civil la que había recibido toda la atención de los estudiosos venezolanos.

Con la anuencia de Porras Rengel, quien años después fue electo académico de esta Corporación, Brewer adelanta por más de un año un estudio metódico de la jurisprudencia y se aproxima, por vez primera, al Derecho Administrativo vivo, esto es, al Derecho Administrativo tal

y como había venido siendo interpretado y aplicado por las Cortes venezolanas en los distintos asuntos sometidos a su consideración.

Tras su pasantía por el Instituto de Codificación y Jurisprudencia Brewer-Carías ha compilado doce años de jurisprudencia venezolana (1950-1962) y cuenta con la materia prima que luego le servirá en París, a donde viaja con un baúl repleto de fichas bibliográficas, para escribir su tesis, publicada en 1964, intitulada *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*.

Atrás quedaba el estudio de los principios teóricos del Derecho Administrativo desvinculados de su aplicación práctica. De allí en adelante la obra de los estudiosos del Derecho Administrativo venezolano queda signada por el método de estudio e investigación iniciado por Brewer.

No solo eso, de regreso a Caracas el Profesor Brewer-Carías rehace los programas de estudio del Derecho Administrativo y la disciplina deja de ser estudiada, como se hacía hasta entonces, sobre la base de los textos de las leyes administrativas especiales.

Hoy en día no se concibe el estudio del Derecho Administrativo sin referencia a los seis tomos de los *Estudios de Derecho Administrativo y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-74* del Profesor Brewer-Carías, a la *Revista de Derecho Público* de la Editorial Jurídica Venezolana fundada por Brewer, de la que forma parte prominente la sección dedicada a la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia catalogada por el propio Brewer a, *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa (1991-1996)* de Brewer-Carías y Ortiz-Álvarez, o, más recientemente, a la página *web* del más alto Tribunal de la República. Los Estudios, la Revista y Las Grandes Decisiones son el producto de un método de estudio iniciado por Brewer.

Brewer es un académico de excepción porque en él concurren, como mi padre suele decir, dos grandes cualidades: primero, un talento extraordinario, segundo, una asombrosa disciplina y capacidad de trabajo de la que podemos dar fe quienes hemos tenido el privilegio de compartir con él. Desde 1960, año en el que publicó su “Estudio sobre la Ley de Regulación de Alquileres de 1° de agosto de 1960” en la *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Brewer no ha dejado de investigar y de publicar. Aún hoy no cesa de sorprendemos

con esa admirable capacidad de trabajo suya. Y al hacerlo, ha contribuido a formar a profesionales e investigadores de primer nivel.

A modo de recapitulación, porque se agota el tiempo que me fue concedido para esta breve intervención, el Profesor Brewer-Carías ha sido factor fundamental en la transformación del Derecho Administrativo venezolano.

Su aporte al Derecho Administrativo, tanto venezolano como comparado, ha de medirse en función de todo lo que ha hecho; también sobre la base de lo que aún le resta por producir y compartir con la comunidad científica.

Señoras, señores.

**OPORTUNIDAD E IMPORTANCIA HISTÓRICA
DE LA PUBLICACIÓN PARA LA REFLEXIÓN
POLÍTICA Y JURÍDICA.
DR. RAMÓN ESCOVAR LEÓN,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

La producción de doctrina jurídica venezolana crece con vigor y acierto, al punto de que ya Venezuela cuenta con autores de proyección internacional con obras de consulta obligatoria para estudiar la evolución del derecho constitucional venezolano. En esta línea se inscribe el *Tratado de derecho constitucional* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2017), que en 16 tomos acaba de publicar el profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela Allan Brewer-Carías. Esta obra contiene, en más de 17.000 páginas, la producción jurídica del autor escrita a lo largo de varias décadas, referidas básicamente a la historia del derecho constitucional. Su trabajo sobre el derecho administrativo está recogido en su *Tratado de Derecho Administrativo* en 6 volúmenes (Madrid, Editorial Civitas, 2013).

En la formación del autor como constitucionalista participó, en primer lugar, mi profesor de Derecho Constitucional Gustavo Planchart Manrique. Luego ejercieron influencia sobre él, Manuel García Pelayo y Antonio Moles Caubet, ambos profesores españoles que, por fortuna, se residenciaron en Venezuela y que dirigieron los institutos de Estudios Políticos y de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Puede decirse, entonces, que Brewer-Carías se formó en la UCV y ahí desarrolló parte importante de su productiva obra académica. Fue sucesor del mencionado Antonio Moles Caubet en la dirección del Instituto de Derecho Público, en el que trabajó durante 27 años. Vale la pena mencionar, igualmente, a los profesores Gonzalo Pérez Luciani y Tomás Polanco Alcántara, como dos de los profesores de la UCV que orientaron la formación intelectual del autor del Tratado que comento.

La publicación de este *Tratado de Derecho Constitucional* es importante por varias razones. No solamente porque recoge la vasta obra del autor que había sido publicada a lo largo de su vida académica en libros y artículos de revistas, sino porque además de ser un tratado de

Derecho Constitucional es, al mismo tiempo, una historia constitucional de Venezuela. En este sentido, el tomo primero dialoga con la *Historia Constitucional de Venezuela* de José Gil Fortoul; y es un necesario complemento para entender la evolución constitucional de nuestro país desde la época colonial. Gil Fortoul examina en sus 3 tomos nuestra historia desde la colonia hasta la denominada oligarquía conservadora, siguiendo el método positivista y utilizando un “estilo sereno”, como lo afirmó Baltazar Vallenilla Lanz con ocasión de la publicación del primer tomo de la obra en 1907.

En el tratado de Brewer se examinan las crisis políticas ocurridas en los cuatro períodos que corresponden, según lo explica el autor, a los años 1857, 1892, 1945; y la última que corresponde a la crisis iniciada con la Constitución de 1999. Es a esta última crisis a la que me voy a referir más adelante.

Es mucho lo que se puede decir sobre la experiencia política vivida en Venezuela a partir del año 1999, con la llegada de Hugo Chávez al poder. Se trata de una larga y profunda crisis que tiene su origen en el proceso de implantar en Venezuela un Estado socialista, inspirado en el modelo cubano. La primera expresión de esta crisis es el aniquilamiento de la separación de poderes, con el control del Tribunal Supremo de Justicia y del Poder Electoral.

La distorsión de la justicia constitucional, el juez legislador, el desmantelamiento de la democracia y el advenimiento del Estado totalitario con la consecuente destrucción del Estado de Derecho y de la democracia por medio de la dictadura judicial, son examinados en los tomos XIII, XIV, XV y XVI, que recogen el material bibliográfico y el examen que hace Brewer de todo lo que ha acontecido en lo jurídico para consolidar la muerte del Derecho.

Son muchas las violaciones ocurridas a lo largo de este proceso de consolidación de un régimen socialista. El aniquilamiento del Estado de derecho, y el Poder Judicial convertido en un apéndice del modelo revolucionario, encuentra explicación, paso a paso en este tratado.

Por todo lo anterior, ha sido muy importante la publicación de esta obra en este momento porque permite a los estudiantes y abogados de derecho, ciencias políticas, historia, sociología y otras ramas encontrar material organizado y suficiente para adentrarse en el estudio de lo que

ha acontecido. También permite encontrar las explicaciones para entender cómo hemos llegado hasta aquí.

El estudio de la evolución constitucional de Venezuela a partir del triunfo de la oposición en las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015 no escapa al registro de esta historia constitucional. Todo esto nos permite comprender el paso final en esta cadena de atropellos: la asamblea nacional constituyente que se instaura sin haber pasado por el filtro de la consulta al pueblo, como le dictamina el artículo 347 de la Constitución.

Brewer-Carías prepara el Tomo XVII de este Tratado que se refiere a la asamblea nacional constituyente. Esta es, tal vez, la materia que adquiere el mayor interés, por lo reciente y por las consecuencias políticas que entraña. Siendo así el asunto, y tal como lo señalé en un artículo en Prodavinci (1.8.2017), el modelo seguido por el PSUV es el de Vladimir Illich Lenin.

La constituyente revolucionaria se hizo amoldada a las prédicas del revolucionario bolchevique, quien en su libro *La revolución proletaria y el renegado Kautsky* sostuvo que una constituyente revolucionaria no puede ser “expresión exacta de la voluntad del pueblo”. Para luego añadir: “Por eso, incluso desde el punto de vista formal, la composición de los elegidos a la Asamblea Constituyente no corresponde, ni puede corresponder, a la voluntad de la masa de electores”; porque solo debe responder a los ideales “superiores” de la revolución. Para Lenin lo importante en una constituyente es que esta sea sometida al poder de los “Soviets” (¡Comunas!), para que pueda ser manipulada de acuerdo con los intereses de quienes se han hecho con el poder.

El poder fáctico de la asamblea constituyente y las reglas electorales que se imponen se fundamentan en esa idea de que el revolucionario conquista el poder para siempre. Tanto el modelo leninista, como el del socialismo del siglo XXI, comparten un objetivo político concreto: darle permanencia a la “dictadura del proletariado”.

Por otra parte, la dictadura del proletariado se basa en la lucha de clases, y está en el odio de unos contra otros. Por eso, es válido afirmar que el modelo revolucionario marxista tiene al resentimiento como fundamento de su impulso. De ahí la crueldad con la que se suelen ejecutar sus políticas.

Seguramente, el tomo que está pendiente de ser publicado sobre esta oscura etapa de nuestra vida constitucional, aportará reflexiones para quedar registradas en el archivo histórico. De esta manera, los estudiosos de la historia constitucional de Venezuela, tendrán suficiente material para complementar los aportes de José Gil Fortoul en lo que fue la obra mejor elaborada sobre el tema.

Igualmente, la memoria histórica cuenta con un Tratado que mantendrá viva a perpetuidad la memoria de los venezolanos. Especialmente, la obra de Brewer permite demostrar el error histórico que ha significado el socialismo del siglo XXI, para que nadie lo olvide.

La evolución del Derecho Constitucional es, al mismo tiempo, parte importante de la historia, porque, como dice Gil Fortoul, “No existe ninguna Historia completa de Venezuela”. Sin embargo, a la obra del gran barquisimetano viene a sumarse esta del profesor Allan Brewer-Carías que recoge su larga y reflexiva vida académica.

Ha sido el propio autor quien ha organizado y sistematizado esta enorme producción, porque, como lo señala:

“Ante una obra tan vasta, publicada durante tantos años y en tantas partes del mundo, nadie que no fuera yo mismo podría llegar a conocerla, y captarla toda, razón por la cual decidí acometer la ciclópea tarea de recopilarla, integrarla, sistematizarla y ordenarla”.

**TEXTO DEL VIDEO CON LAS PALABRAS
DEL AUTOR
DR. ALLAN R. BREWER-CARÍAS,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

Un Tratado, como género literario, es definido por los expertos como un libro u obra en el cual se expone de forma extensa, objetiva, y ordenada un conjunto de temas sobre una materia determinada. Su concepción está esencialmente vinculada a la didáctica, es decir, al “arte de enseñar a aprender” como la definió John Amos Comenius (Didáctica Magna); y como explican los entendidos, se escribe tal como un discurso, usando el texto expositivo y en tercera persona, subdividiéndolo en numerosos apartados que ayudan a organizarlo de forma correlativa y lógica; incluyendo en la obra una gran cantidad de datos precisos.

De allí el título general que decidí darle a esta obra de 16 tomos como Tratado de Derecho Constitucional, cuya concepción y preparación que llevó cinco años, pues comencé a conformarla en 2013, apenas salió publicado mi Tratado de Derecho Administrativo en Madrid, por Editorial Civitas, en 6 Tomos, concebido en la misma forma. Con estos dos tratados ahora ha quedado reunida, ordenada y sistematizada en más de 23.000 páginas, casi toda mi obra escrita en estas materias en las últimas décadas, después de que paralelamente a mis estudios de Derecho Administrativo, tuve que enfocarme hacia el Derecho Constitucional por las actividades académicas y profesionales que me tocó asumir.

Mi primer contacto con el Derecho Constitucional, evidentemente fue a través de mi querido y admirado amigo Gustavo Planchart Manrique, mi profesor en la materia en el primer año de Derecho en la Facultad de la Universidad Central de Venezuela, por allá, en 1957-1958, cuando Venezuela logró despertar hacia la democracia, quien me dejó la semilla de la disciplina. Años después, incluso, él mismo haría que germinara definitivamente, cuando me invitó a acompañarlo en una presentación que hicimos sobre la Constitución venezolana de 1961 en una Conferencia organizada por la fundación norteamericana American Enterprise Institute sobre Redacción de Constituciones, y que se realizó

Washington en 1983, en la sede de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En el ínterin, sin embargo, varios factores habían contribuido a enfocar mi interés hacia la disciplina. Primero, mi contacto con el querido amigo y profesor Manuel García Pelayo, con quien comencé a trabajar como Auxiliar de Investigación en el Instituto de Estudios Políticos a mitades de 1960, incluso antes de que muchos de sus destacados discípulos en el Instituto fueran sus asistentes. Ello fue por un breve período, pero lo suficientemente fecundo para mí formación, que se complementó con mi asistencia en esos mismos años al Seminario que él dictaba sobre Historia de las Ideas Políticas, y con el estudio de su libro sobre Derecho Constitucional Comparado. Luego pasé a trabajar como Auxiliar de Investigación en el Instituto de Derecho Público, bajo la dirección del querido amigo y profesor Antonio Moles Caubet, donde trabajé durante 27 años y a quien sucedí en la Dirección del Instituto.

A partir de entonces mi enfoque e interés fue total hacia el Derecho Administrativo, con la orientación de Moles, pero antes, con la orientación también de mis queridos amigos y profesores en la materia, Gonzalo Pérez Luciani y Tomás Polanco Alcántara. Con ellos aprendí a encuadrar del derecho administrativo como derecho del Estado, y en particular, a estudiar las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, lo que marcó la orientación de mis trabajos en la materia, siempre en el marco constitucional de la disciplina. Moles y Pérez Luciani nos transmitieron, a todos quienes fuimos sus alumnos, la orientación de la Escuela vienesa de derecho público, administrativo y constitucional, con Hans Kelsen y Adolf Merkl a la cabeza, lo cual luego se afianzó en mi caso, con los cursos de Charles Eisenmann, discípulo de Kelsen, que tuve el privilegio de seguir en París en 1962-1963.

De allí que pueda decir que mi interés académico por el Derecho Constitucional, siempre estuvo subyacente en mis cursos de Derecho Administrativo, al punto de que en todas mis clases en esta materia, la Constitución las presidía, habiendo incluso dedicado por muchos años mi Curso sobre Derecho Administrativo Profundizado en la Especialización de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, precisamente al tema de Bases Constitucionales del Derecho Administrativo.

Pero a mi dedicación al Derecho Constitucional contribuyeron tres experiencias profesionales de gran importancia para mí, y que fueron, primero, mi actividad como Consultor Jurídico del Consejo Supremo Electoral desde 1965 hasta 1969, la cual me puso en contacto con el mundo político y con el funcionamiento constitucional del Estado, en particular, con el régimen de los sistemas electorales y del funcionamiento de los partidos políticos; segundo, lo que sería mi primer vínculo con esta querida Academia en 1968, con ocasión de atender la invitación que me formularon para dictar una conferencia sobre temas de la Administración y el Estado; y tercero, mi trabajo como Presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia de la República entre 1969 y 1972, lo que me permitió adentrarme en las entrañas de la organización del Estado, estudiarlas, diagnosticarlas, radiografiarlas, y en algunos casos operarlas, y en otros, establecer lo que había que hacer para mejorarlas y curarlas.

Con ese bagaje, en 1972 me fui de profesor visitante a la Universidad de Cambridge, en el Reino Unido, y allí me dediqué a estudiar nuestra historia constitucional, la jurisprudencia constitucional y las bases constitucionales del funcionamiento del Estado. Mi trabajo, durante los dos años que pasé en Inglaterra, resultó, primero, en la preparación de los ocho tomos de la obra *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1975*, que salió publicada en Caracas entre 1976-1978; y segundo, en mi libro sobre *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela* que salió publicado en Madrid en 1975 (Editorial Tecnos), y que recibió el Premio anual de esta Academia y el Premio a la investigación de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela. La publicación de ese libro, por otra parte, coincidió con el inicio del funcionamiento de la Escuela de Estudios Políticos de la Universidad Central, donde tuvo la fortuna de servir en esos primeros años como una especie de Manual para muchas de las materias.

Mis estudios en Cambridge sobre historia constitucional me llevaron a preparar la compilación sobre *Las Constituciones de Venezuela*, cuya primera edición salió en Madrid en 1985, por el Centro de Estudios Constitucionales y el Instituto de Estudios de Administración Local de España, en edición conjunta con la Universidad Católica del Táchira, auspiciada por su Rector máximo, mi querido amigo el padre

José del Rey Fajardo. La obra tuvo luego dos ediciones a cargo de esta Academia, la última actualizada con los actos constitucionales que significaron rupturas al hilo constitucional en nuestra historia, y que han sido mucho más numerosos que las mismas Constituciones.

Lo cierto es que en esos años de comienzos de los ochenta no había mucha bibliografía disponible para los estudiantes en estas materias, lo que llevó, precisamente el padre del Rey Fajardo a pedirme que preparara, en el marco de las publicaciones que dirigía en la Universidad Católica Andrés Bello, un breve libro sobre Instituciones Políticas y Constitucionales, el cual efectivamente salió publicado en 1982. Luego salió publicada una segunda edición en dos tomos en 1985, esta vez con el sello editorial de la Universidad Católica del Táchira, culminando esa obra en una edición posterior en siete tomos, publicada en entre 1996 y 1998 por la misma Universidad y la Editorial Jurídica Venezolana.

Además, en el interim, analizando siempre la situación y evolución de régimen político en el país, escribí y salieron publicados varios libros hasta 1985¹, cuando volví a Cambridge, Inglaterra, esta vez como profesor en la Cátedra Simón Bolívar, para dar un curso en la maestría de la Facultad de Derecho sobre Control de constitucionalidad en el derecho comparado. Para la preparación de este curso, continué profundizando en los estudios de historia constitucional y de derecho constitucional, al punto de que de mis investigaciones durante esa estadía resultaron dos libros, uno sobre *Judicial Review in Comparative Law* editado por la prestigiosa Cambridge University Press (1989), y otro sobre *Estado de Derecho y control judicial* publicado en Madrid por el Instituto Nacional de Administración Pública en 1987.

Mis estudios en Cambridge preparando las clases de la Maestría, y luego mis actividades en París en 1990, también preparando las clases que di en esa oportunidad en la misma Facultad de Derecho donde había estado tres décadas antes como estudiante, condujeron a la redacción y publicación de mi libro sobre *Reflexiones sobre la Revolución*

¹ Los siguientes: *Garantías constitucionales* (1976), *Control de constitucionalidad de las leyes* (1977), *Política, Estado y Administración Pública* (1979), *La defensa de la Constitución* (1982), *Sumario de la Constitución de 1961* (1983), *El Estado incomprendido* (1985), *Problemas del Estado de partidos* (1988), y *Derechos humanos en Venezuela. Doscientos años de historia* (1990), varios de ellos editados por la Academia.

Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno publicado en Caracas en 1992, con una segunda edición que con referencias a la revolución hispanoamericana salió en Bogotá a cargo de la Universidad Externado de Colombia.

De todo esto, lo que hasta 1998 había sido una especie aventura académica -me refiero a mi incursión en el derecho constitucional-, a partir de esa fecha, a raíz de la usurpación constituyente de 1999, con la cual se comenzó a demoler el Estado democrático de derecho en el país que tanto había costado edificar; la misma se convirtió en una obsesión vital, que fue la de analizar lo que iba ocurriendo en el país, casi día a día, con nuestras instituciones constitucionales. Y ello, en paralelo a presenciar cómo, por el talante autoritario del régimen, la otrora necesidad por los estudios del derecho administrativo que tanto habíamos impulsado, comenzaba a declinar. Por ello, en los últimos lustros, el grueso de mi actividad académica y de mi obra como escritor ha estado enfocada hacia el derecho constitucional.

Hoy, toda esa obra, tanto en materia de derecho administrativo como en materia de derecho constitucional está representada en más de 200 libros y en cerca de mil trabajos publicados en Revistas y Obras Colectivas, tanto en Venezuela como fuera del país, en forma dispersa y de acceso no siempre fácil; muchas de ellos totalmente desconocidos en el país.

Afortunadamente, desde los tiempos del Instituto de Derecho Público siempre he llevado el registro de toda mi obra, lo que me ha sido de utilidad fundamental al haber tenido que permanecer forzosamente en Nueva York desde 2005. Por ello, cuando un antiguo alumno y colaborador en Caracas, mi amigo Jesús María Alvarado Andrade, quien desde hace años está enseñando derecho constitucional en Guatemala, me planteó que tenía proyectado hacer una recopilación y sistematización de mi obra de derecho administrativo, lo que también años atrás me había planteado otro antiguo alumno, mi amigo Carlos García Soto; ante la propuesta hice lo que sin duda yo mismo tenía que hacer, y que era hacer esa tarea yo mismo.

La verdad es que ante una obra tan vasta, publicada durante tantos años y en tantas partes del mundo, nadie que no fuera yo mismo podría llegar a conocerla, y captarla toda, razón por la cual decidí acometer la ciclópica tarea de recopilarla, integrarla, sistematizarla y ordenarla,

primero en los 6 volúmenes de mi Tratado de Derecho Administrativo y ahora en los en estos 16 volúmenes del Tratado de Derecho Constitucional, éste con más de 17.000 páginas. Decirlo es ciertamente fácil, pero lo que muestran es toda una vida escribiendo. Y estoy seguro que al revisar los Tomos, muchos de los entendidos en la materia se llevarán más de una sorpresa en descubrir trabajos no conocidos en el país.

Y ahora una breve explicación sobre el contenido de estos volúmenes.

Los primeros dos tomos (Tomos I y II), como era lógico, están destinados específicamente a exponer la historia constitucional, pues, en definitiva, el derecho constitucional es historia. Nunca me olvidé que mi abuelo, Rafael Carías Capó (hijo de Fulgencio María Carías quien fue miembro de la primera Corte de casación a finales del siglo XIX), literato mi abuelo de la buena época de comienzos del siglo pasado, entre los libros que me dio de su biblioteca cuando yo comencé a estudiar derecho, estaba la obra de José Gil Fortoul, Historia Constitucional de Venezuela, en la edición de Berlín de 1908. La lectura y estudio de aquél libro me fascinó, habiéndome quedado en el fondo de mi mente la aspiración de que algún día yo escribiría la parte siguiente de la Historia Constitucional de Venezuela, lo que efectivamente pude completar en 2008, publicada por la Editorial Alfa en Caracas, enmarcándola en los cuatro grandes períodos de nuestra historia constitucional: el del Estado Independiente y autónomo (1811-1863), el del Estado Federal (1863-1901), el del Estado autocrático centralizado (1901-1961), y el del Estado democrático centralizado (a partir de 1961).

Esa Historia la pude terminar de escribir en Nueva York, pareciendo que es un desiderátum es que este tipo obras sólo puede redactarse estando uno fuera del país, y es la que conforma, ampliada y actualizada hasta 2013, el Tomo I del Tratado, con 1.096 páginas.

Para ese año, al cerrar el Tomo, Hugo Chávez ya había fallecido, habiendo dejado el récord de haber sido el gobernante que en toda nuestra historia política permaneció más tiempo en forma continua en ejercicio del cargo de Presidente de la República. Lo ejerció durante catorce (14) años entre 1999 y 2013; tiempo que solo superó Juan Vicente Gómez, quien ejerció el cargo durante dieciocho (18) años pero en varios períodos separados (entre 1908 y 1915; 1922 y 1929; y 1931 y 1935), y que igualó al de Antonio Guzmán Blanco, quien también

ejerció el cargo durante catorce (14) años pero igualmente en varios períodos separados (entre 1870 y 1877; 1879 y 1884; y 1886 y 1887).

Pero nuestra historia constitucional por supuesto no comenzó con la República, estando sus raíces en los aportes al constitucionalismo moderno derivados de las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII, y de la revolución hispano americana pre-gaditanos. En los últimos lustros escribí mucho sobre esos temas en artículos y libros, la mayoría publicados fuera de Venezuela, con motivo del bicentenario de nuestra independencia y de la Constitución de Cádiz; trabajos todos ahora integrados en el Tomo II del Tratado de 980 páginas, que lleva [por título: Orígenes del Constitucionalismo Moderno en Hispanoamérica.

A esos dos primeros tomos le siguen tres tomos (Tomos III, IV, y V) sobre el proceso de conformación y desarrollo constitucional del país durante la segunda mitad del siglo XX, correspondiente al período del Estado democrático centralizado. Así, el Tomo III, con 1.162 páginas, está dedicado al tema del Cambio político y consolidación del Estado de derecho 1958-1998²; el tomo IV, con 1.180 páginas trata sobre Las instituciones del Estado democrático de derecho en la Constitución de 1961³; y el Tomo V, en 1022 páginas, sobre Derechos y Garantías Constitucionales en la Constitución de 1961, donde recojo, todos los estudios que escribí durante lustros sobre el sistema de derechos, libertades y garantías constitucionales y sobre el sistema de Justicia Constitucional en el marco de la Constitución de 1961, el cual sin duda, en su tiempo, podía considerarse como uno de los más completos que nos mostraba el derecho comparado.

Ese período del Estado democrático centralizado de partidos estudiado en esos tres tomos, entró en crisis terminal en los años noventa

² Conformado entre otras publicaciones, por el texto de cinco libros que fueron publicados entre 1975 y 1988, en los cuales quedaron expresadas las reflexiones que fui haciendo y escribiendo sucesivamente a partir de 1972, que fueron: Cambio Político y Reforma del Estado. Contribución al estudio del Estado democrático y Social de Derecho, (1975), Política, Estado y Administración Pública (1979), Estado. Crisis y Reforma (1982). El Estado Incomprendido. Reflexiones sobre el sistema político y su reforma (1988), y Problemas del Estado de Partidos (1988).

³ Que en buena parte recoge varios de los tomos de mi obra sobre Instituciones Políticas y Constitucionales (1996-1998).

del siglo pasado, a cuyo estudio está destinado el Tomo VI, con 1.198 páginas, en el cual con el título de Asamblea Constituyente y Proceso Constituyente de 1999. Esa crisis desembocó en la convocatoria e instalación de la Asamblea Constituyente de 1999, la cual usurpó la soberanía popular y dio un golpe de Estrado, ante la mirada atónita de los partidos políticos que no supieron, o no quisieron entender que la democracia que habían creado requería de una profunda renovación, incluso a costa de perder algo del control total que ejercían sobre el sistema político.

A mí me tocó estar inmerso en ese proceso constituyente desde su inicio, habiendo participado en el mismo como opositor a la propuesta del entonces candidato Hugo Chávez, precisamente y en buena parte desde mi posición de Presidente de esta Academia, y luego como miembro independiente electo de la Asamblea Constituyente. De esa intensa tarea, y del esfuerzo desarrollado en el corto período de año y medio de concepción y desarrollo del proceso constituyente entre 1998 y 1999, quedaron cientos de páginas escritas, muchas publicadas aisladamente y en forma dispersa en libros y artículos, con mis estudios, análisis, propuestas, proyectos y críticas tanto respecto de la forma como se desarrolló el proceso constituyente, como respecto del asalto al poder que se hizo con el instrumento de la Asamblea Constituyente, todos recogidos en ese Tomo VI.

A dicho Tomo le siguen tres tomos más (Tomos VII, VIII, IX) los cuales están destinados al estudio de las instituciones políticas y constitucionales reguladas en el marco de la Constitución de 1999. Así, el Tomo VII, con 1.190 páginas es el destinado al estudio de La Constitución de 1999, y el Estado democrático y social de derecho que se consagra en su texto⁴; y en los Tomos VIII y IX, en 1.018 y 1.198 páginas respectivamente, con los títulos de Golpe de Estado Constituyente, Estado Constitucional y democracia, y Concentración y centralización del poder y régimen autoritario, recojo la multitud de estudios que fui

⁴ Que recoge primero todos los estudios que fui elaborando sobre la Constitución de 1999, apenas fue sancionada, desde 2000 y que culminaron con la obra en dos tomos editada en 2004 sobre La Constitución de 1999: Derecho Constitucional Venezolano; y segundo, los trabajos posteriores que fui elaborando sobre los inicios de la demolición del Estado de Derecho mediante la práctica autoritaria de gobierno, hasta 2014.

elaborando durante los primeros lustros de vigencia de la Constitución de 1999, conforme se fue desarrollando el régimen político autoritario⁵.

Los cinco Tomos siguientes, X, XI, XII, XIII y XIV también están dedicados al estudio del marco regulatorio establecido en la Constitución de 1999, pero en particular sobre el tema general de las garantías constitucionales y el control judicial, en particular, la Jurisdicción Constitucional. En esta forma, el Tomo X, con 1.196 páginas, está destinado a estudiar el Régimen de los derechos y garantías constitucionales⁶; el Tomo XI, en 1.150 páginas, está destinado a estudiar en particular El derecho y la acción de amparo en el derecho constitucional comparado, donde recojo en forma sistematizada, todos mis trabajos sobre el proceso de amparo de los derechos y garantías constitucionales con una visión comparativa en el derecho iberoamericano⁷; y el Tomo XII, en 1.195, está destinado al estudio de la Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional, conforme al marco regulatorio de la Constitución de 1999, el cual, siguiendo la orientación de lo previsto en la Constitución de 1961 y con criterio de progresividad, tuve la oportunidad de proponer ante la Asamblea Nacional Constituyente y su Comisión Constitucional, para la redacción del Texto Fundamental⁸.

⁵ La mayoría de los cuales fueron a la vez publicados en los siguientes libros: primero, Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela, México en 2002; segundo, Reflexiones sobre el constitucionalismo en América (2001), tercero, Constitución, democracia y control del poder (Mérida 2004), cuarto, en el libro sobre Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006), (2007).

⁶ En el tomo se recoge, actualizados, lo expuesto en varios estudios y libros sobre el tema de los derechos humanos, en la evolución de la República desde 1811, publicados en los a partir de 1990, incluyendo el texto del libro sobre Los derechos humanos en Venezuela: Casi 200 años de historia (1990), de mis cursos sobre Los mecanismos de protección interna de los derechos humanos en el Curso Interdisciplinario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Costa Rica (1998- 2000), sobre El Derecho y la Acción de Amparo (1998), y sobre la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a partir de 1988).

⁷ El tomo integra múltiples estudios que había publicado sobre El amparo a los derechos y libertades constitucionales. una aproximación comparativa, sobre las Leyes de Amparo de América Latina, 2009, y sobre: El proceso de amparo en América Latina, México 2016, y a, Lima 2016; así como el texto íntegro de mi curso sobre La acción de amparo para la protección judicial de los derechos fundamentales en América Latina que dicté en la Universidad de Columbia en Nueva York, entre 2006 y 2008.

⁸ A tal efecto, recojo en el Tomo los diversos estudios publicados en forma dispersa en libros y revistas durante los últimos lustros, en muchas partes y fechas. Entre ellos están el libro sobre La Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos Constitucionales, (Mé-

Los Tomos XIII y XIV también están destinados a estudiar la Justicia constitucional y la Jurisdicción Constitucional, pero bajo el ángulo de su deformación autoritaria desarrollada en el país en los últimos años, precisamente como resultado del control político que el Poder Ejecutivo ha ejercido sobre el Tribunal Supremo de Justicia, hasta convertirlo en el instrumento más atroz del autoritarismo. Así, en el Tomo XIII, con 954 páginas está dedicado al estudio la Práctica y distorsión de la Justicia Constitucional, es decir, el resultado del funcionamiento de la Justicia Constitucional en un Estado totalitario, con una Sala Constitucional que asegurado la destrucción de las bases del Estado de derecho y ha pervertido la democracia, lo que ha ocurrido sistemáticamente en Venezuela desde 2000⁹. Y en el Tomo XIV, con 1.060 páginas, con el título El juez legislador y la patología de la justicia constitucional, está dedicado a estudiar en forma sistematizada el tema general de la Justicia sometida al poder, y a la falta independencia y autonomía de los jueces, y en particular, analizar la labor del Juez Constitucional

xico 2007); el libro elaborado apenas fue sancionada la Constitución de 1999, el sistema de justicia constitucional que se previó en la misma, con particular referencia al desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada en la Exposición de Motivos del Texto fundamental; el libro sobre el régimen legal de la Jurisdicción Constitucional que se estableció a partir de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, con sus antecedentes en la Ley sancionada en 2004; el libro sobre Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional, (San José, Bogotá 2013, Caracas 2015); los trabajos sobre el tema de las sentencias constitucionales y la interpretación constitucional, en particular, referidos a la potestad de la Jurisdicción Constitucional para interpretar la Constitución con efectos vinculantes; y sobre el tema del control de convencionalidad, en particular referidos a su conceptualización y su necesario deslinde respecto del control de constitucionalidad; y a algunos antecedentes de la protección del derecho convencional en el ámbito interno, con particular referencia a Venezuela.

⁹ El tomo, a esos efectos, recoge estudios publicados en los últimos años, aisladamente en Revistas y Obras Colectivas en muchas partes y en distintas épocas, y que buena parte en su momento a la vez se recogieron en los siguientes libros: La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política, (2004); Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, (2007), Práctica y distorsión de la justicia constitucional en Venezuela (2008-2012) (Caracas 2012); Sobre el avocamiento de procesos judiciales por parte la Sala Constitucional. (Una excepcional institución procesal concebida para la protección de “orden público constitucional,” y que ha resultado en un instrumento político violatorio del derecho al juez natural, a la doble instancia y al orden procesal), (2013), y La patología de la justicia constitucional, (2014).

como legislador positivo usurpando la función legislativa, su actuación en contra los derechos ciudadanos, y como agente contra el orden y el principio democrático y contra la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos¹⁰.

Y finalmente, los Tomos XV y XVI, están destinados a analizar el proceso final de destrucción de la democracia en Venezuela, obra en gran parte del proceso de concentración y centralización del poder que ha conducido al control político definitivo del Tribunal Supremo de Justicia. Así, el Tomo XV, con 1.050 páginas, está destinado al estudio del proceso de Desmantelamiento de la democracia y el Estado totalitario, tema sobre el cual comencé a escribir desde el año 2000, y que entre otros me llevó a concluir la obra *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, publicado por Cambridge University Press, en New York en 2010, cuando todavía en el mundo particularmente de habla inglesa había personas que todavía creían que en Venezuela había una democracia¹¹. El Tomo por tanto recojo ese y otros trabajos en los cuales analicé cómo, sobre las ruinas y escombros de la democracia, pero sin dejar de usar algunos de sus despojos como parapeto y adorno, en el país se estructuró un Estado Totalitario que se ha impuesto a los venezolanos sin que nadie haya votado jamás por su implementación, y que ha pasado a controlar todos los aspectos de la vida política, social y económica del país.

Y por último, está el Tomo XVI, con 1.146 páginas, con el título *La destrucción del Estado de derecho, la ruina de la democracia y la dictadura judicial*¹², que integra todos mis trabajos sobre el

¹⁰ La mayoría de estos trabajos que conforman este volumen también fueron publicados aisladamente en Revistas y Obras Colectivas en muchas partes, y además de los libros antes citados respecto del Yomo XIII, en los siguientes otros : Golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional. (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución) (2015); y La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015 (2015).

¹¹ A ese libro le siguió unos años después, el que lleva por título *Estado Totalitario y Desprecio a la Ley, La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, publicado en 2014.

¹² En el tomo recojo el texto de los últimos libros publicados en 2015 y 2016, titulados: *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela*

funcionamiento del Estado totalitario basado en el uso de la mentira, el engaño, la falsedad y el fraude que se han desarrollado como política de Estado, en violación constante de la Constitución, pero invocándola siempre como escudo o justificación. Lo cierto es que de todo ello, lo que nos ha quedado a los venezolanos ha sido la característica imagen que todos hemos visto de altos mandatarios y funcionarios del régimen apareciendo en televisión con un librito azul en la mano, contentiva de la edición pequeña de la Constitución, blandiéndola al público o a la audiencia, no se sabe si como amenaza, escudo, o burla, pues se la ha violado tantas veces como se la ha mostrado.

Este Tomo XVI concluye con el estudio de las ejecutorias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹³, que muestran cómo en lugar de haber actuado como garante de la supremacía de la Constitución y sus valores, fungió como el instrumento para, al contrario, garantizar la violación impune de la Constitución por parte de los otros órganos del Estado, para asegurar la destrucción del Estado de derecho o el desmantelamiento de la democracia, o incluso para convertirse en el instrumento para implementar y sostener un régimen autoritario; y ello, aniquilando al propio Poder legislativo una vez que la Asamblea nacional dejó de estar controlada por el gobierno, dando origen a un perverso sistema de dictadura judicial, que funcionó en el marco de la fachada de un “Estado de derecho,” ahora ya totalmente vacío de contenido democrático.

Como lo dije en la Nota introductoria de ese Tomo XVI, habiendo concluido con el mismo la gigantesca labor que significó la

1999-2015 (Prólogo de Manuel Rachadell), Colección Estudios Políticos, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 478 pp.; *La ruina de la democracia. Algunas consecuencias.* Venezuela 2015, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 694 pp.; y *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Con presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández y Jesús María Alvarado Andrade), Colección Estudios Políticos, N° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, primera edición 474 pp., segunda edición 488 pp.; en los cuales he estudiado la evolución y situación constitucional del país en los últimos años, con la lamentable actuación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

¹³ A las cuales dediqué el libro *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, publicado a mitades de 2016,

recopilación, ordenación y sistematización de toda mi obra escrita en materia de derecho constitucional hasta 2016 -ya como comprenderán tengo publicado un buen material para lo que será parte del Tomo XVII sobre las ejecutorias de la Usurpación Constituyente-, ya era tiempo de agradecer de nuevo a todas aquellas personas que me han apoyado en este trabajo, que acometí en solitario durante los últimos años de exilio en Nueva York, y que son, por una parte, mi querida Beatriz, quien una vez más, como siempre ha aceptado y soportado todas las horas imaginables de trabajo que tuve que invertir en la conformación de las páginas de estos Tomos; y por la otra mis fieles colaboradoras desde lejos, Arelis y Francis, en Baumeister y Brewer en Caracas. Ese fue, realmente, todo mi equipo!!

En la situación de estar lejos, en todo caso, debo decirles que por mi parte asimilé rápidamente las enseñanzas de Séneca, cuando hace veinte siglos explicaba en su carta dirigida a su madre¹⁴, precisamente escrita desde el exilio para consolarla por su ausencia, indicándole que le creyera, que él no se sentía desgraciado –aun cuando ello podía ser normal en la situación del exiliado-, pues consideraba en definitiva: primero, que cada hombre siempre “lleva al exilio sus propias virtudes,” las cuales no se quedan en su país de origen; segundo, que en el mundo y para el hombre, “no puede haber lugar de exilio, pues nada en el mundo es extraño al hombre” –y eso dicho ya al inicio de nuestra era ¡! –; tercero, que teniendo siempre la mente dirigida hacia arriba –decía Séneca–, hacia lo trascendente, como es precisamente el trabajo intelectual, “no importa cuál es el terreno donde uno está parado”; y cuarto, que “para un hombre inteligente, cada lugar es su país.”

Y a todo ello agregaría, que si los amigos y la familia permanecen fieles, menos importa la lejanía. Sin embargo, lo que si es cierto es que el exilio le impone al exiliado el deber de reinventarse a sí mismo, de reinventar su actividad y su tiempo, y ello, precisamente, es lo que me ha permitido desde Nueva York continuar vinculado a la distancia con el país, y poder continuar desarrollando mis actividades permanentes como las tenía en Caracas, en relación con mi Escritorio de abogados

¹⁴ Véase “Consolación a Helvia,” Seneca, *On the Shortness of Life*, Traslated by C.D.N Costa, Penguin Books, 1997, pp. 34 ss.

Baumeister & Brewer, con la Revista de Derecho Público que he seguido dirigiendo, revisando el contenido de cada número, y con la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, que sigue desarrollando así sea con las uñas la labor editorial de siempre, y por supuesto, con la propia Academia.

Con esta obra, en todo caso, lo que si es cierto es que me le adelanté a lo que en unos años quizás algún generoso amigo hubiera pensado en acometer, de no haberlo hecho yo, cuando yo ya no esté circulando físicamente por las avenidas de la vida.

Concluida la obra, otra cosa que es cierta es que todos los interesados en estos temas podrán apreciar el tiempo que he invertido en los últimos cinco años para rescatar esta extensísima y dispersa obra, escrita durante décadas, que de no haberla compilado y sistematizado yo mismo en estos tomos, es muy probable que hubiera quedado diluida en el tiempo y en el mundo. A ello agrego la decisión que he tomado de haber puesto a disposición de todos, en mi página web, el texto íntegro de todos los Tomos para el uso de todos los interesados, ahora y para el futuro.

Gracias de nuevo a la Junta Directiva de la Academia por la iniciativa que tuvieron en realizar este acto de Presentación del Tratado; gracias en especial a los académicos Ramón Escobar León, Rafael Badell y Gabriel Ruan por su interés en su realización; y gracias a todos los otros queridos amigos y antiguos alumnos, Carlos Ayala Corao, José Ignacio Hernández y José Antonio Muci que han participado en este acto de Presentación con unas muy generosas muestras de aprecio intelectual y personal.

**CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONTRATOS
DE ADHESIÓN.
AUTOR: CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE.
26 DE ABRIL DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

En la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sentimos legítimo orgullo por la presentación de la obra “Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión” del doctor Carlos Eduardo Acedo Sucre, por cuanto se trata de la obra de uno de sus individuos de número y prometedor académico, fruto de una larga y laboriosa investigación, de la cual -quien pronuncia estas palabras- ha sido testigo, desde hace algunos años.

La obra aborda un tema de notoria actualidad nacional e internacional, pues está referida a la situación de las relaciones de consumo masivo de bienes y servicios por parte de los habitantes de todos los países del mundo, y en especial, de las posiciones de fuerte jurídico y débil jurídico que caracterizan a dichas relaciones y reflejan la vibrante tensión que su confrontación genera para la economía y el derecho, y que justifica la intervención del Estado en protección del débil, en momentos en que los llamados “contratos paritarios” (entre iguales) han quedado en minoría en el ámbito de los negocios en todos los países civilizados.

A nuestro juicio, la obra se enmarca dentro de la tensión entre dos polos jurídicos, constituidos, por un lado, por el *principio de intangibilidad de los contratos* (artículo 1.159 del C.C) y por el otro, el *principio de ejecución de buena fe* los mismos (1.160 del C.C). Al principio de que los contratos son la ley de las partes y deben ser cumplidos tal cual como fueron contraídos, se contrapone el imperativo de justicia conmutativa, que exige que sean cumplidos de buena fe, porque obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de su existencia, según la equidad, el uso o la ley. Lo que equivale a decir que están sometidos a la integridad del ordenamiento jurídico, a la equidad que complementa la justicia, y al orden público.

Dentro del marco mencionado, surgen las nociones jurídicas de “contrato de adhesión” y de “cláusulas abusivas”, que desarrolla la obra

de Acedo Sucre. La primera de ellas surge casi naturalmente de la posición del fuerte jurídico frente al débil jurídico y de la necesidad objetiva de regular de modo uniforme y seriado la masa de contrataciones que derivan de las relaciones entre las grandes empresas industriales y comerciales y las multitudes de consumidores. Por ello, la figura del contrato de adhesión (o más precisamente, por adhesión) se construye, según el autor, a partir de una posición de dominio de una de las partes, de la existencia de un modelo de contrato pre-redactado por esta parte, y por la exclusión -en general- de la posibilidad de negociación entre las partes, razón por la cual algunos han puesto en duda la calificación contractual de la relación. Sobre la base de este amplio concepto, es criterio del autor que los contratos de adhesión se dan no solamente entre proveedores y consumidores o usuarios, sino también cuando una organización que controla globalmente un negocio, entra en relación con distribuidores y con franquiciados, lo cual ha sido motivo de polémica entre los autores. En cuanto a las cláusulas abusivas o vejatorias, el autor las concibe como “aquellas disposiciones contractuales perjudiciales, excesivas, injustas, impropias o indebidas, impuestas por una parte a la otra... que exceden los límites impuestos, o bien por la buena fe, o bien por el objeto en vista del cual ha de reconocerse efectos jurídicos al contrato de que se trate”. Según el autor, ellas derivan de la imposición de la “ley del más fuerte”. Por lo anterior, las cláusulas abusivas son asociadas normalmente a los contratos de adhesión, aunque puedan estar presentes en otros esquemas contractuales. Por lo que Acedo afirma que ellas están “indisolublemente ligadas a la existencia de un contrato de adhesión o de una posición de dominio de una parte sobre la otra, que frustra una negociación verdadera”.

Acedo Sucre considera que “en términos generales, la mejor protección para los adherentes consiste en estimular que los contratos no sean abusivos, o lo que es lo mismo, que sean razonables y equilibrados. Esta razonabilidad y equilibrio también favorece a los proponentes”. Es importante evitar la incertidumbre sobre la relación contractual. “Además –señala Acedo- este tipo de abuso puede deteriorar la imagen del proponente ante adherentes actuales o potenciales”. En consecuencia, recomienda Acedo: “La mejor atención legal que los abogados de los

proponentes pueden prestar a sus clientes consiste en diseñar contratos de adhesión claros, razonables y equilibrados”. Sería de desear que este mensaje ético del autor fuera bien recibido por los abogados.

Acedo Sucre admite y promueve la intervención moderada del Estado para propiciar el equilibrio en los contratos de adhesión y combatir el uso de las cláusulas abusivas: “...es importante que el estado intervenga de manera racional, para proteger a los consumidores y usuarios y a los demás débiles jurídicos contra posibles imprecisiones y abusos. Esta protección se puede realizar ordenando que los contratos de adhesión sean asequibles, claros, razonables y equilibrados; y sancionando las cláusulas abusivas con nulidad. Hay métodos que se prestan a excesos, tales como establecer que la generalidad de las disposiciones que rigen para ciertos contratos de adhesión son normas imperativas e irrenunciables, o prever que ciertos contratos deben ser aprobados por una autoridad”. A nuestro juicio, la actitud del Estado ha oscilado entre la *protección* y la *abolición de la autonomía de la voluntad*, cuando lo verdaderamente idóneo es la protección racional, como lo postula el autor. Sin embargo, critica duramente el autor los vaivenes perjudiciales que ha habido en la legislación y que han terminado por hacer errática, confusa e ineficaz la protección legal de los consumidores y usuarios frente al eventual logro de sus objetivos.

El autor culmina su trabajo proponiendo la elaboración de una Ley del Contrato de Adhesión, que muy seguramente deberá esperar mejores tiempos para ser redactada y discutida en un país reinstitucionalizado y recuperado democráticamente. A tal fin, hace saber sus recomendaciones para la elaboración de dicho instrumento.

En la mañana de este día escucharemos muy interesantes disertaciones sobre el tema y sobre la obra del doctor Carlos Eduardo Acedo Sucre, a cargo de los doctores Alfredo Morles, Oswaldo Páez-Pumar y del mismo autor, que nos iluminarán acerca de la materia y de los detalles de la obra que se presenta.

Finalizo estas palabras con una anécdota personal. Del doctor Manuel Acedo Mendoza, padre del autor recibí hace ya muchos años, cuando era estudiante, la primera instrucción de servicio profesional a cumplir, para luego ser orientado en mi aprendizaje en el oficio de

abogado por el doctor Oswaldo Páez-Pumar, a quien corresponderá la presentación de la obra en el día de hoy. A ambos todo mi agradecimiento. Quiso el destino que haya sido yo quien recibió de Carlos Eduardo Acedo Sucre el juramento como individuo de número de esta Academia.

Muchas gracias por su atención.

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS
Y LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.
DR. ALFREDO MORLES H.,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

Señoras y señores:

El Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre, autor del libro que hoy se presenta, ha sostenido conmigo una suerte de polémica en torno a lo que la doctrina española califica como *un cierto carácter imperativo de las normas contractuales supletivas cuando se está frente a un contrato de adhesión*, tesis inspirada en reflexiones de la doctrina alemana. La cortesía no permite el tratamiento de este asunto aquí y ahora, aparte de que sería desleal de mi parte hacerlo sin haber previamente advertido a mi adversario y convenido con él los términos de un debate. Si hago mención de esta circunstancia es para resaltar la caballerosidad del Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre, quien me pidió que yo participara en este acto, pasando por alto nuestro desacuerdo, si es que así puede ser llamado el hecho de que él se afilie a una corriente de pensamiento y yo a otra en un punto muy específico y aislado. Muchas gracias, Dr. Acedo, por su invitación, muestra de su exquisita cortesía. Muy honrado por su distinción¹.

INTRODUCCIÓN

El artículo 117 de la Constitución de 1999 reconoce el derecho de todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad; el

¹ En torno al asunto, ver los siguientes textos: ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *Contratos de adhesión*, en libro Bicentenario del Código de Comercio Francés: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2008; MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: (i) *La total desaparición del contenido dispositivo del contrato en los contratos de adhesión*; Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N.º 132; Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas; Caracas 2008, pp. 131-152; (ii) *El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI y su reflejo en el contrato de adhesión*, en Revista de Derecho Público N.º 115; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 2008, pp.229-232.

derecho a la libertad de elección; el derecho a obtener una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que se le ofrecen; y el derecho a un tratamiento equitativo y digno.

El mismo artículo dispone que la ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos; las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios; los procedimientos de defensa del público consumidor; el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.

La norma constitucional venezolana -como las de igual rango que existen en otros países- hacen del consumidor de productos y del usuario de servicios los sujetos de una protección especial que se ha venido configurando legalmente desde los años 60 del siglo XX. Esa norma constitucional es la culminación normativa de un largo proceso social vinculado a la esencia de la economía de mercado contemporánea. La economía de mercado tiene, de un lado, al productor, y de otro lado, al consumidor, sin que éste pueda ser víctima en las relaciones de intercambio. Al contrario, el productor, al acudir al mercado, no puede eludir los riesgos que envuelven su presencia en él y transferirlos indebidamente a los consumidores.

En relación con los orígenes de este ordenamiento jurídico es oportuno recordar que este año 2018 se cumplen 53 años de la publicación en 1965 en los Estados Unidos de América del libro del abogado Ralph Nader *Unsafe at any speed* (Inseguro a cualquier velocidad). En ese libro Nader, con estudios internacionales en la Universidad de Princeton y de derecho en la Universidad de Harvard, denunciaba la insistencia de los fabricantes de automóviles de atribuir la causa de los accidentes viales mortales a la negligencia de los conductores; la resistencia de los mismos fabricantes a introducir elementos de seguridad en los autos, tales como los cinturones de seguridad y, específicamente, colocaba como ejemplo de automóvil inseguro a cualquier velocidad al *Chevrolet Corvair*, un auto compacto deportivo muy popular en su tiempo. Ya antes se habían hecho famosas las denuncias de grupos de consumidores -consumidores norteamericanos particularmente- sobre sustancias contaminantes del ambiente en los detergentes, de preservativos dañinos en los alimentos enlatados o envasados y de fibras de alta combustión

en los productos textiles, especialmente aquellos destinados a fabricar ropa para niños. El libro de Nader sirvió de catalizador de los movimientos de los consumidores norteamericanos dirigidos a presionar a los políticos para que se dictara legislación protectora y a sabotear la venta y distribución de productos señalados como peligrosos o dañinos, medidas que resultaron muy eficaces por el alto grado de organización y de conciencia de los grupos de consumidores norteamericanos, la simultánea sensibilidad de los políticos y la respuesta de los empresarios norteamericanos.

La repercusión de la publicación del libro de Ralph Nader fue enorme. El libro se transformó en un *best seller*; Nader fue investigado secretamente por la *General Motors Corporation*, fabricante del Corvair, en el momento la empresa más grande del mundo, para tratar de determinar si tenía alguna debilidad que permitiera desprestigiarlo a los ojos del público, pero la investigación no arrojó ningún resultado; Nader demandó judicialmente a la General Motors Corporation por invasión de su privacidad y ésta convino en disculparse públicamente y en pagarle alrededor de 425.000 dólares como indemnización².

Ralph Nader se convirtió en líder respetado de la defensa del ambiente y de los derechos de los consumidores; ha sido varias veces candidato presidencial independiente; propició el establecimiento de asociaciones, fundaciones y grupos para el estudio e investigación de la composición de los productos, para el intercambio de experiencias, para prestar apoyo a los reclamantes de daños y, sobre todo, logró la adopción de legislación protectora, legislación protectora que fue imitada en el mundo entero. Los movimientos de reforma constitucional de la época reflejaron las nuevas preocupaciones. Así ocurrió con las constituciones de Portugal (1976), España (1978), Colombia (1991), Argentina (1994) y, más tarde, Venezuela (1999) y con legislaciones nacionales. En efecto, las leyes nacionales en esta materia son muy numerosas. A ellas se han agregado convenios internacionales, proclamas y resoluciones, como la Resolución 39/248 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de abril de 1985 sobre “Directrices para la Protección del Consumidor” contenidas en un Anexo de 46 artículos.

² (*Nader v. General Motors Corp.*, 307 N.Y.S.2d 647 (N.Y. 1970).

En el ámbito supranacional se destacan las Directivas 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 y del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad de los fabricantes.

Según informa el propio organismo internacional, las Directrices de la ONU para la protección del consumidor

“proveen un marco internacional a los gobiernos para la formulación y fortalecimiento de políticas y legislaciones destinadas a la protección del consumidor. En 1995, después de diez años, el Consejo Económico y Social de la ONU pidió al Secretario General expandir las directrices para incluir elementos sobre consumo sostenible y reflejar la preocupación mundial con respecto a estos temas. El proceso de expansión de las Directrices concluyó en 1999, y reforzó las políticas de protección al consumidor al incluir temas de sostenibilidad social, económica y ambiental. Al realizar lo anterior, la sección G de las Directrices permitió a las autoridades competentes concentrarse en actividades relacionadas con el consumo, cuando previamente el enfoque político se había centrado en promover procesos de producción más limpios. Esta expansión en el área de políticas, de incluir tanto la producción como el consumo, fue crucial pues el consumo sostenible y la producción más limpia son dos caras de la misma moneda. Considerar tanto la oferta como la demanda en el discurso de la sostenibilidad es crítico si nos proponemos alcanzar los objetivos delineados en el Plan de Implementación de Johannesburgo y el Marco de Programas de 10 años sobre Consumo y Producción Sostenibles (Proceso de Marrakech)”³.

La protección del consumidor y el régimen de defensa de la libre competencia son los contrapesos del ejercicio de las libertades económicas, especialmente de la libertad de iniciativa y de la libertad de asociación. Esa protección repercute en el ámbito del derecho público y del derecho privado de diversos modos. En el derecho público se desarrolló un principio de protección multiforme de todas las personas en su acceso al mercado que alcanzó jerarquía constitucional, mientras en el derecho privado se avanzó hacia la elevación de la jerarquía de las

³ <http://www.redpys.net/?item=consumo&idart=175&lang=1>

normas, que pasaron de leyes especiales a códigos. En el ámbito de las relaciones contractuales y especialmente en el campo de la responsabilidad civil por el producto, surgió una responsabilidad civil especial -objetiva y absoluta- que se ha universalizado. Eso no existía en 1965 cuando se publicó el libro de Ralph Nader. La protección al consumidor y al usuario es materia de tal relevancia en la sociedad contemporánea, que su desarrollo constituye uno de los signos del derecho constitucional y del derecho mercantil actual.

I. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión son materias que estuvieron tratadas en la legislación venezolana de protección al consumidor, al igual de lo que ocurre en otros países. Desaparecida esta legislación por la acción destructiva del socialismo del siglo XXI y sustituida parcialmente, primero por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y luego, también parcialmente, por el régimen de la Ley Orgánica de Precios Justos, se creó una nueva situación en torno a los conceptos elaborados al amparo de la legislación derogada, entre ellos los conceptos de cláusulas abusivas y contrato de adhesión, ya que las normas de la legislación desaparecida no podían seguir sirviendo de sustento a las nociones construidas al amparo de ella.

Por otra parte, la derogación del régimen de protección al consumidor y al usuario dejó sin efecto reglas contractuales del régimen de responsabilidad del vendedor de los productos y del prestador de los servicios; de información; de interpretación de los contratos de adhesión en forma favorable al débil jurídico; de reflexión y desistimiento del contrato, y de prohibición de cláusulas abusivas.

El Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre, autor del libro que se presenta hoy en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que es, al mismo tiempo, su trabajo de incorporación a esta corporación, ante la conversión del contrato de adhesión, el cual pasó a ser un contrato atípico, después de haber sido típico, nominado y formal aunque no ampliamente

regulado; y luego de admitir que el tratamiento legislativo venezolano del contrato de adhesión y de las cláusulas abusivas contenidas en éste ocurría en el contexto de las relaciones de consumo, su ámbito natural según él mismo, advierte que estos contratos y estas cláusulas pueden aparecer en situaciones distintas, pues tienen un ámbito más amplio que las relaciones entre proveedores y consumidores. Aparte de los contratos bancarios y de seguros, menciona los contratos de distribución y de franquicia; alude a la situación en que “una organización tiene interés en celebrar un contrato igual o parecido con muchas personas” y señala su presencia “cuando una parte tiene sobre la otra una posición de dominio que le permite imponerle un texto contractual preestablecido”. Ante la carencia de normas reguladoras, propone encontrar en los principios generales del derecho los mecanismos de protección para los adherentes en los contratos de adhesión y de las víctimas de las cláusulas abusivas, específicamente en la exigencia de la buena fe, el respeto a la equidad y la atención al orden público.

En primer lugar, afirma el autor, los artículos 1146⁴ y 1154⁵ del Código Civil exigen que quienes proyectan celebrar un contrato actúen sin dolo, es decir, sin mala fe. Adicionalmente, los artículos 1160⁶ y 1270⁷ establecen que el contrato debe cumplirse de buena fe y que los contratantes deben comprometerse como un buen padre de familia, lo que excluye la mala fe; y el artículo 1274⁸ dispone que el dolo acarrea la reparación de los daños imprevistos al momento de contratar, que normalmente no son indemnizables. Además, la segunda parte del

⁴ [Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato].

⁵ [El dolo es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado].

⁶ [Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley].

⁷ [La diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito].

⁸ [El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo].

artículo 1185⁹ expresa que es antijurídico ejercer un derecho -que puede ser un derecho contractual- excediendo los límites impuestos por la buena fe.

En segundo lugar, continúa el autor, el Código Civil exige que se cumplan las consecuencias que se derivan de los contratos según la equidad (artículo 1160). Todo el sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, está basado en la idea de preservar el equilibrio patrimonial entre las partes, lo cual es una exigencia de la equidad (artículo 1167, artículos 1185 y siguientes, y artículos 1264 y siguientes), e idéntico postulado informa la consagración legal del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones (artículo 1184)⁹.

En tercer lugar, sigue diciendo el autor, el artículo 6º del Código Civil expresa que los contratos no pueden violar el orden público ni las buenas costumbres.

Pone de relieve el autor que “la buena fe, la equidad y el orden público son criterios abstractos, muy flexibles y de gran utilidad que no tiene sentido encasillar mediante definiciones rígidas, ni considerar de manera aislada, sino aplicarlos con sentido común, aprovechando su adaptabilidad a cada situación y cada momento, particularmente en el ámbito de los contratos de adhesión”.

Concluye el Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre proponiendo mirar la buena fe, la equidad y el orden público a la luz de normas constitucionales, específicamente de los artículos 113, 117 y 281 que mencionan “la protección del público consumidor”, “la defensa del público consumidor” y “los derechos del público consumidor y usuario”, lo que llevó al Tribunal Supremo de Justicia a expresar que “la defensa del consumidor y del usuario tiene rango constitucional” y que “el trato equitativo y digno que propugna el texto fundamental se contraviene cuando en los contratos de adhesión no existe el debido equilibrio de prestaciones o cuando el proveedor ejerza sus derechos de manera abusiva en detrimento de los intereses económicos de los consumidores y usuarios”¹⁰.

⁹ [El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. - Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho].

¹⁰ ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Menpa; Caracas 2018, pp. 29-33.

El razonamiento del Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre -un modelo de razonamiento sistemático- puede ser extendido a las cláusulas abusivas contenidas en cualquier contrato. No se deriva de su exposición que sus conclusiones sean aplicables únicamente a las cláusulas abusivas presentes en los contratos de adhesión, conclusión que se derivaba antes directamente del derecho existente conforme a la Ley de Protección al Consumidor cuando éste estuvo en vigencia. No estoy diciendo que el autor proponga en su libro la regulación de las cláusulas abusivas para todos los contratos, no, estoy afirmando que tal cosa se puede derivar de su argumentación, que es algo distinto y fue propuesta, por cierto, en el proyecto de ordenanza de la reforma de 2016 del Código civil francés. Conforme al proyecto original, la ordenanza establecía la posibilidad para el juez de suprimir una cláusula que causara un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes para todos los contratos (artículo 1169 proyecto de ordenanza). Sobre este particular, la doctrina francesa observó:

Dicha generalización de la lucha contra las cláusulas abusivas era muy poco conforme con la filosofía del Código de 1804. Puesto que el consentimiento de las partes no está viciado, el contrato es válido y se impone al juez, que no puede modificarlo sin una habilitación especial del legislador. Contra las cláusulas abusivas, dicha habilitación solo existía en los contratos celebrados entre profesionales y no-profesionales o consumidores. La limitación de la lucha contra las cláusulas abusivas solo a los contratos de adhesión, introducida al término de la consulta pública con el fin de tranquilizar a las empresas, concilia de forma oportuna un instrumento moderno de la protección de los contratantes débiles con una filosofía contractual basada en la libertad y la responsabilidad. Cuando las partes han podido ejercer libremente su poder de negociación, el juez no debe sustituirlos con el fin de verificar la utilidad del contrato¹¹.

El autor del libro que hoy se presenta va más allá y propone para el futuro, cuando “recuperemos la democracia y llegue el momento de

¹¹ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit. infra*, pp. 740-741.

reconstruir y re institucionalizar al país” legislar en esta materia, a cuyo efecto propone nueve lineamientos.

II. LA REFORMA DE 2016 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONTRATO DE ADHESIÓN

El Código civil francés de 1804 ha sido reformado por medio de la Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero de 2016, en vigor a partir del 1º de octubre de 2016 para los contratos que se celebren después de esa última fecha. Entre las materias que han sido objeto de reforma se encuentran las mencionadas en los números 2º y 5º del Informe del Ministro de Justicia para el presidente de la República, identificadas así:

2º, simplificar las reglas aplicables a las condiciones de validez del contrato, que comprenden aquellas relativas al consentimiento, a la capacidad, a la representación y al contenido del contrato, consagrando, en particular, el deber de información y la noción de cláusulas abusivas, e introduciendo disposiciones que permitan sancionar el comportamiento de la parte que abuse de la situación de debilidad de la otra; 5º, aclarar las disposiciones relativas a la interpretación del contrato y especificar aquellas que son propias de los contratos de adhesión.

El próximo 11 de mayo de este año 2018, aquí mismo en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en una jornada que organizó y dirigirá el destacado catedrático de derecho civil Dr. Luciano Lupini Bianchi y que ha de examinar la reforma de 2016 del Código civil francés, el Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre está invitado a explicar lo que ha hecho el codificador francés con las materias de contrato de adhesión y cláusulas abusivas. Por mi parte, yo debo exponer la cuestión relativa a la incorporación de la teoría de la imprevisión en el ordenamiento jurídico francés, a través de la reforma del mismo Código. Probablemente, lo que yo diga ahora sea un anticipo de lo que diré el 11 de mayo.

La doctrina francesa ha afirmado que las disposiciones del Código civil no reflejan más el derecho vivo que en realidad se encuentra en una abundante jurisprudencia y en la legislación especial, sobre todo en materia de protección a los consumidores; y ha explicado que algunas adiciones espectaculares de la ordenanza se supone que compensan la

desaparición de la causa como instrumento de preservación de la utilidad del contrato; y que tal es el caso, en particular, de la introducción en el Código civil de un mecanismo de eliminación de las *cláusulas abusivas* que figuren precisamente en las disposiciones relativas al contenido del contrato.

Según el artículo 1171, *“En un contrato de adhesión, toda cláusula que crea un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato será reputada no escrita. La apreciación del desequilibrio significativo no se extiende ni al objeto principal del contrato ni al valor de la prestación”*¹²

La regla se inspira en el artículo L.132-1 del Código del consumo, que trata de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores y de la sanción de la práctica restrictiva de la competencia prevista en el artículo L.442-6, 2º del Código de comercio¹³. Se decidió, al final de la consulta pública, que este artículo solo se aplica a los contratos de adhesión, definido por el artículo 1110, párrafo 2, como *“aquel cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, son fijadas de antemano por una de las partes”*.

Se ha observado que el alcance de esta disposición es incierto, como consecuencia de las interrogantes que pesan sobre la definición del contrato de adhesión¹⁴. El Profesor François Chénéde ha señalado que frente a la definición suministrada por el artículo 1110 son posibles dos actitudes: respetar el espíritu de la ley o invocar la letra en su contra. La extensión de la categoría podría tomar dos caminos principales: el primero se apoyaría en el criterio de la pre-redacción, el segundo, en

¹² [“Article 1171.-Dans un contrat d’adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputé non écrite. L’appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation ni sur le prix à la prestation”].

¹³ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos” (Este texto es la versión ligeramente aumentada de la conferencia dictada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de junio de 2016), p. 731. Disponible en Internet: https://www.boe.es/...derecho/abrir_pdf.php?...DERECHO...El_nuevo_Derecho_franc...

¹⁴ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.* pp. 731-732.

la ausencia o la insuficiencia de la negociación; y que, en todo caso, las diferentes variedades de contratos desequilibrados deben ser distinguidos, no para restringir ideológicamente la protección de las partes débiles, sino para adaptar técnicamente esta protección a la especificidad de los diversos tipos contractuales¹⁵. Inicia su exposición el Profesor Chénéde resumiendo la historia del contrato de adhesión:

Un siglo después de su descubrimiento doctrinal, el contrato de adhesión va a hacer su entrada en el Código civil. Como su pasado permitirá esclarecer su futuro, una breve reseña histórica no será inútil. A Raymond Saleilles se debe el haber identificado y puesto nombre a las convenciones en las cuales “hay predominio exclusivo de una voluntad, actuando como voluntad unilateral que dicta su ley, no a un individuo sino a una colectividad indeterminada, voluntad que se compromete desde el inicio, por anticipado, unilateralmente, salvo adhesión de aquellos que querrán aceptar la ley del contrato. Se trataba “de todos los contratos de trabajo de la gran industria, de los contratos de transporte de las grandes compañías de ferrocarriles y de todos los contratos que revestían un carácter de ley colectiva, tales como los contratos propuestos por las grandes compañías de seguros. A estas convenciones en masa, propuso Saleilles llamarlos contratos de adhesión, en ausencia de algo mejor. Quedaba por hacer la modelización jurídica de esta realidad económica. Este trabajo fue emprendido por jóvenes doctores que edificaron, apenas en pocos años, el régimen jurídico completo del contrato de adhesión. Lejos de limitarse a la lectura política y superficial del fenómeno y de ceder, así, a la facilidad de un discurso puramente ideológico, estos autores han realizado obra de juristas, comenzando por identificar minuciosamente la fuente potencial del abuso. Han observado que el riesgo no provenía de las prestaciones

¹⁵ CHÉNÉDÉ, François: “Le contrat d’adhésion de l’article 1110 du Code civil”; La Semaine Juridique N° 27, 4 juillet 2016, p. 1334. “Un siècle après sa découverte doctrinale, le contrat d’adhésion va faire son entrée dans le Code civil. Son passé permettant d’éclairer son avenir, un bref rappel historique ne sera pas inutile. C’est à Raymond Saleilles que l’on doit d’avoir identifié et nommé ces conventions dans lesquelles “il y a prédominance exclusive d’une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s’engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat”.

Internet: http://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier5.pdf

principales, generalmente estimadas como satisfactorias e incluso ventajosas por el consumidor, sino de las cláusulas accesorias, numerosas, poco claras, poco leídas o no leídas, que podían, subrepticamente, desequilibrar el contrato en detrimento del adherente (cláusulas limitativas de responsabilidad, cláusulas de resciliación, de decaimiento, etc.). Para evitar o sancionar estos abusos, estos autores han concebido dos medidas principales: la interpretación de las cláusulas ambiguas en favor del adherente; la prohibición de cláusulas abusivas en nombre del orden público, de la buena fe, de la equidad, del abuso o, bajo la influencia del § 138 del BGB, de las buenas costumbres. Estas dos reglas se han incorporado, progresivamente, en el derecho positivo, hasta su inminente consagración en el Código Civil [Traducción libre]¹⁶.

La concepción que se sostenga sobre el contrato de adhesión tendrá graves consecuencias, según Chénéde: si es demasiado estricta, se convertirá en un obstáculo para la protección deseada por el proyectista; si es demasiado amplia, arruinará la seguridad de los intercambios perseguidos por la reforma¹⁷.

En forma rotunda, el Profesor Chénéde afirma que ese concepto no puede ser construido sino sobre su elemento característico, el cual reside en el establecimiento unilateral y definitivo de las condiciones generales del contrato que el adherente no puede rehusar sin renunciar a la conclusión de la convención. Dicho de otro modo, el criterio de identificación del contrato de adhesión no es la ausencia de libertad o la insuficiencia de las negociaciones, sino la ausencia y la imposibilidad misma de éstas: el contrato de adhesión está concebido *in globo et ne varietur* (o se acepta todo o se rechaza todo)¹⁸. La elaboración de esta noción es muy importante en el derecho francés, porque en la práctica de los negocios existe una variedad de acuerdos asimétricos o desequilibrados, como los contratos de dependencia, que no son contratos de

¹⁶ CHÉNEDÉ, François: “Le contrat d’adhésion de l’article 1110 du Code civil”; *op. cit.* p. 1334.

¹⁷ CHÉNEDÉ, François: “Le contrat d’adhésion de l’article 1110 du Code civil”; *op. cit.* p. 1335.

¹⁸ ACEDO SUCRE sostiene una tesis distinta: un contrato de adhesión puede contener alguna cláusula negociada. *Op. cit.*, 36.

consumo en masa abiertos a la adhesión del público, como es el caso del suministro de energía eléctrica, los servicios de cuentas bancarias, la telefonía celular, etc.)¹⁹, sino contratos de producción o de distribución que colocan a una de las partes bajo la dependencia de la otra (afiliación, aprovisionamiento exclusivo, franquicias, etc.). La fuente del abuso no es la misma en estos dos tipos de contratos desequilibrados²⁰. El abuso de la situación de dependencia ha sido asimilado a la violencia²¹.

Unos contratos desequilibrados recibirán la protección reservada por el Código de Comercio a los contratos de dependencia y otros acudirán a la protección de la legislación civil, incluyendo los contratos de adhesión entre particulares, un ejemplo de los cuales es ofrecido en la práctica por el desarrollo de “la economía numérica o colaborativa”: una persona tomó en alquiler un apartamento para sus vacaciones por medio de un contrato que permite al propietario cambiar el período del alquiler en cualquier momento, sin mutuo acuerdo y sin indemnización. La Cancillería (dependencia del Ministerio de Justicia francés) publicó un comunicado indicando que en este caso se puede solicitar al juez la supresión de la cláusula (*Chancellerie, communiqué, 11 févr. 2016*)²².

En Francia han tenido que ser despejadas algunas dudas por la pretensión de que la redacción del contrato de adhesión contenida en la ordenanza permitiría incluir entre los contratos de adhesión los llamados contratos “estandarizados” o contratos “tipo”, entre los cuales estarían los contratos de venta de inmuebles y todos aquellos que se otorgan

¹⁹ En Francia son estimados como contratos de adhesión: los contratos de suministro de agua, de acceso a Internet, de telefonía móvil, de televisión por cable, de seguros, de mudanzas, de televigilancia, de crédito inmobiliario, de crédito al consumo, de alquiler de vehículos, de control técnico, de alquiler de cajas de seguridad y hasta de abonos al paso por autopistas, CHÉNEDÉ, *op.cit.*, p. 1336.

²⁰ Afirma CHENEDE : Esta concepción del contrato de adhesión aparece en filigrana en la definición sugerida por el Ante-proyecto Catala : “ *Le contrat d’adhésion est celui dont les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l’une des parties telles que l’autre les avaient unilatéralement dé- terminées à l’avance* ” (art. 1102-5). *Op. cit.*, p.1335.

²¹ [Article 1143 Existe igualmente violencia cuando una de las partes obtiene una ventaja manifiestamente excesiva, abusando del estado de dependencia en que se encuentra su contraparte, mediante un compromiso que ésta no hubiera suscrito en ausencia de la situación existente al momento de celebrar el contrato.]

²² CHÉNEDÉ, François : “Le contrat d’adhésion de l’article 1110 du Code civil “; *op. cit.* p. 1336.

ante notario, los reglamentos de condominio y hasta los contratos de sociedad. Tal pretensión ha sido descartada por responder a una desnaturalización del contrato de adhesión. También se ha sugerido que se asimilen a los contratos de adhesión los contratos de dependencia y los contratos de negocios entre partes con desigualdad económica. Esta ampliación del ámbito de los contratos de adhesión estaría totalmente fuera de la esencia original y de la concepción desarrollada por la doctrina y por la jurisprudencia.

La eliminación de la cláusula abusiva en todos los contratos y la circunscripción de su eficacia al ámbito de los contratos de adhesión es una decisión congruente con el origen de la misma. Esta decisión ha llevado tranquilidad a los empresarios franceses y ha hecho desaparecer la inquietud que se creó alrededor de una generalización de la regla.

La exigencia de que la configuración de la cláusula abusiva dependa de la calificación que haga el juez del *desequilibrio significativo* entra en colisión con el propósito de evitar la intervención del juez en el contrato. Se ha dicho que el método legislativo utilizado por la ordenanza le confiere al juez:

“un papel aumentado en la fijación del nuevo régimen del contrato. La ordenanza ha recurrido a menudo a estándares o a nociones flexibles, como lo razonable, lo legítimo, lo excesivo, lo significativo o la desproporción manifiesta. Dichas nociones delegan en el juez la tarea de fijar el contenido preciso de la regla. No es ésta la paradoja menor de la reforma relativa a las fuentes del Derecho de obligaciones y contratos, que querer congelar la jurisprudencia en la Ley como consecuencia de la inseguridad que aquélla genera y de confiar al mismo tiempo al juez la tarea de la desentrañar la significación de los grandes conceptos del nuevo Derecho de obligaciones y contratos. La seguridad que se buscaba no está garantizada”²³.

Una de las consecuencias que se ha derivado de la consagración en el Código Civil francés de la categoría del contrato de adhesión es la del *afinamiento de la filosofía moderna del derecho del contrato*. Esta cuestión ha sido explicada así por el Profesor Eric Savaux:

²³ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, op. cit., p. 736.

En el contrato de adhesión el adherente no puede ejercer su libertad de determinar el contenido del contrato, de modo que podemos dudar que sea el fruto de un acuerdo de voluntades. Uno de los raros comentaristas que se han interesado por el espíritu general de la ordenanza se pregunta en consecuencia si la consagración del contrato de adhesión no marca una ruptura con la filosofía del Código civil. El contrato no necesita que sus condiciones hayan sido sometidas a la negociación, de modo que la voluntad contractual puede expresarse por la aceptación global de un contenido predeterminado por la otra parte. Según dicho autor, la consagración del contrato de adhesión marcaría incluso un «afinamiento de la filosofía moderna del contrato» por la consideración de una voluntad menos abstracta. La voluntad apta para producir efectos inmediatamente jurídicos es la del contratante dotado del poder de negociación. Cuando una de las partes está privada de él, la juridicidad del acuerdo se subordina a un control suplementario de ausencia de abuso, que pueda remediar la imposibilidad para uno de los contratantes de defender sus intereses en la negociación²⁴.

III. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Una de las cuestiones jurídicas más extensamente discutidas y más seriamente argumentadas en favor y en contra, en el ámbito del derecho francés y de los ordenamientos jurídicos de su esfera de influencia, ha sido el de la teoría de la imprevisión²⁵. En otros ordenamientos jurídicos la discusión de esta materia no ha alcanzado un grado de contraposición similar, sino que, en general, se ha consagrado legalmente, en forma pacífica, una solución favorable a la aceptación de la teoría, pero en Francia surgieron dos corrientes opuestas, una que prevaleció

²⁴ SAVAUX, Eric: “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *op. cit.*, pp. 739-740.

²⁵ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: (i) “La revisión del contrato mercantil frente a la crisis económica mundial de 2009”, en *Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho Privado, Tomo IV, Vol. 2*; Pontificia Universidad Javeriana-Editorial Temis; Bogotá 2010, pp. 347-381; (ii) “La teoría de la imprevisión en el derecho privado: las crisis económicas como supuestos de revisión del contrato”, en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación (1915-2015), Tomo IV*; Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2015, pp. 2337-2438.

-y sigue prevaleciendo- en forma indiscutida en el ámbito del derecho administrativo, el principio, luego dogma, de la preservación del funcionamiento del servicio público que permitió construir una corriente dominante favorable a la teoría de la imprevisión a raíz del caso de Gaz de Bordeaux, mientras se le negaba rotundamente en forma paralela en el derecho privado²⁶. El rechazo de la jurisprudencia francesa, encabezado por la decisión del famoso caso del Canal de Craponne, de conceder una revisión del contrato en caso de imprevisión, fue una de las razones de la pérdida de prestigio del ordenamiento jurídico francés, del rechazo de la jurisdicción de los tribunales franceses para dirimir controversias internacionales y del derecho francés como derecho de arbitrajes internacionales. Por esta razón, otra de las materias objeto de la reforma del Código civil francés llevada a cabo por la Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero de 2016, mencionada en el Informe (*Rapport*) del Ministro de Justicia para el presidente de la República, es la identificada en el número 6°:

Precisar las reglas relativas a los efectos del contrato entre las partes y con respecto a terceros, consagrando la posibilidad para éstas de adaptar el contrato en caso de cambio imprevisible de circunstancias.

El Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre afirma que “dar una buena solución legal a los problemas de los contratos de adhesión y [de] las cláusulas abusivas deben acarrear el rechazo de las teorías de la rescisión por lesión y la imprevisión” y agrega:

“ambas teorías tienen vocación de erigirse en regla general para alterar aquellos acuerdos que nacieron poco equitativos o que dejaron de ser equilibrados en virtud de un cambio en el entorno. Pero quitarle efectos a lo pactado solo se justifica verdaderamente en presencia de un contrato de adhesión. Efectivamente, si un nexo contractual es libremente negociado, el mismo no debería ser desvirtuado por el mero hecho de que una de las partes consintió algo que no le convenía o dejó de protegerse en el convenio contra

²⁶ LABROT, Émilie. L'imprévision. Étude comparée de droit public-droit privé des contrats; L'Harmattan; París 2016. Este texto enfoca el estudio de la materia desde los dos puntos de vista.

posibles novedades perjudiciales para ella, pues debió ser más cuidadosa al discutir el contrato y no dar su consentimiento a la ligera”²⁷.

Las observaciones del Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre resumen muy bien uno de los aspectos de la posición de los opositores a la teoría, el cual hunde sus raíces en el derecho romano: la ley no puede proteger al negligente. Esa posición siempre desconoció el axioma de que por más diligente que sea una persona, nadie puede prever lo imprevisible.

El Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre pertenece -junto con nuestro recordado Profesor José Mélich Orsini- a las legiones de juristas clásicos que resistieron, junto con muy ilustres juristas franceses, doscientos años, el embate contra el principio de la intangibilidad del contrato (*pacta sunt servanda*), como si hubieran recibido la orden de defender una muralla inviolable, tal como lo proclamaba Niboyet en 1937 en París. A esa guerra intelectual se le ha tenido que poner fin en Francia en 2016 por medio de la ley, porque los defensores opuestos a la teoría de la imprevisión no se rindieron, como si se tratara de un asunto de honor, aunque -lo señaló Carlos Cossio- el asunto no fuera de honor sino de justicia.

Honra al Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre y respeto a sus razones.

El libro del Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre merece un mejor entorno político, social y económico, el entorno propio de la economía social de mercado en cuyo seno la viabilidad de sus ideas sería valorada con equilibrio para que se discutiera la posibilidad de su conversión en normas de derecho positivo. Mientras tanto, la comunidad jurídica en cuyo seno tiene lugar destacado el autor del libro apreciará el alto valor de la importante obra que hoy se presenta en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, una obra bien elaborada desde el punto de vista metodológico, lógicamente organizada, claramente expuesta, que confirma la cultura jurídica reconocida al Dr. Carlos Eduardo Acedo Sucre, quien merece las más sinceras felicitaciones por su trabajo.

Señoras y señores.

²⁷ ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*; op. cit., p. 37.

**PALABRAS DE PRESENTACIÓN
DE LA OBRA A CARGO DEL ABOGADO
OSWALDO PÁEZ PUMAR.**

Doctor Gabriel Ruan presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y demás individuos de número de la Academia

Doctor Carlos Eduardo Acedo, señoras Teresita Betancourt de Acedo y Nini Sucre de Acedo, señor Eduardo Acedo Betancourt y demás miembros de la familia Acedo Sucre

Señoras y señores:

No me resulta nada fácil honrar el compromiso en el cual me ha colocado el doctor Carlos Eduardo Acedo Sucre al pedirme que haga la presentación de su libro titulado “Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión”, que es el trabajo que presentó para su incorporación como individuo de número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Yo había presentado que así sería y que sería imposible que me escapara de ese compromiso, que lo eludiera. Desde luego no me encuentro aquí a mi pesar, por el contrario su solicitud me produjo una honda satisfacción. Hace unos años su hermano Manuel me colocó en una situación análoga. Se trataba de hacer la presentación de su primera novela “Nosotros Todos”. Pero ese compromiso aunque desde luego comportaba un juicio crítico mío sobre la obra no se puede comparar con el que me presenta Carlos Eduardo porque la diferencia entre la ciencia y el arte, impone para quien vaya a discurrir una forma diferente de aproximarse al objeto.

A la obra de arte sea una pintura, una sinfonía o una novela uno se aproxima para que ella lo tome a uno, lo envuelva, lo emocione porque no se trata de hacer crítica que es objeto del intelecto, sino de experimentar una emoción igualmente válida si es de gozo o de placer, como si es de angustia, dolor o sufrimiento.

Uno puede comprender porque Lope de Vega Carpio se sintió en el aprieto más grande de su vida, por lo menos hasta ese momento de su existencia, cuando Violante le pidió “hacer un soneto” y aunque él

pudo eludir el compromiso valiéndose de la forma “catorce versos dicen que es soneto”, encuentro mi situación diferente pues debo expresarme sobre el fondo, lo que me coloca en la necesidad de alabar la obra ya que el conocimiento, la erudición y por supuesto la dedicación que Carlos Eduardo le ha dado al tema es inmensa. Así lo aprecio después de haberme dado a la tarea de leer no las 450 páginas del libro, porque en él se recogen los discursos que ya había escuchado el 27 de marzo del año pasado y no los releí; y ni siquiera el resto porque lo hice apresuradamente, con algunos saltos, a tropezones, en un esfuerzo para no incurrir en este salón de académicos en juicios precipitados, laudatorios o críticos, porque este trabajo con el cual como ya dije se incorporó a la Academia tiene además de los méritos que sus propios aportes le dan a la materia objeto de estudio, la laboriosa labor de escrutar lo que piensan o han pensado muchos otros autores sobre el tema que la amplia bibliografía, los textos legales y las jurisprudencias citadas ponen de relieve. Se trata de un trabajo serio, tesonero, laborioso que fue tomando cuerpo en su intelecto hasta el momento de plasmarlo en este libro, cuya gestación no fue precisamente la breve de nueve meses que corresponde a un parto.

Sería de mi parte insensato hacer crítica de lo plasmado en este volumen. Si laudatoria, porque viniendo de quien no ha asumido el estudio del tema de propia iniciativa podría ser vista como expresión del compromiso con el colega, socio y amigo y carente por lo tanto del rigor que impone la labor crítica; y si por el contrario, se centrara en el establecimiento de observaciones, distinciones y hasta de opiniones discrepantes conformaría un acto de petulancia por el cual un lego en la materia como yo, aprovecha la oportunidad que le brinda el amigo para tratar de equipararse mediante esta breve disertación al autor de esa obra, cuyo asombroso número de citas al pie de página 714, dice no solo del tenor del trabajo realizado, sino de la modestia del autor al aproximarse al tema no solo para exponer lo que piensa, sino para construir su propio pensamiento teniendo en cuenta lo que han pensado otros muchos dentro y fuera de Venezuela.

Consiste esta presentación, por lo tanto, en una breve referencia a su contenido, con el propósito vanidoso de que estas palabras puedan de alguna manera entusiasmar a los profesionales del derecho a leer

el libro, aunque desde luego, esperamos que el entusiasmo los lleve a todos ellos a comprar el libro. Responderé a la encomienda trayendo también a la atención tres o cuatro puntos de los muchísimos que el libro contiene con el propósito de que sean ellos los que les hablen del libro y no yo.

Antes de entrar directamente al contenido del libro quiero señalar que quizá, aunque no enteramente idénticos a los que hoy se celebran, uno de los primeros contratos de adhesión que se celebraron masivamente en Venezuela a partir de mediados de la década de los años cincuenta del siglo pasado, fue el de la venta de automóviles con reserva de dominio, que bajo la tutela de la Ley, cuya autoría con sobradas razones se atribuye al doctor Diego Bautista Urbaneja, abrió masivamente a la población la posibilidad de adquirirlos, incluso como instrumento de trabajo y con previsiones en la Ley orientadas a la protección del débil jurídico, sin que la misma se convirtiera en un régimen de tutela, como ocurre en tiempos recientes donde el Estado se quiere presentar como protector de los desposeídos, con leyes que modificadas cada cierto tiempo para hacer propaganda de un nuevo y venturoso porvenir que es cada vez más oscuro, muestran la improvisación.

Regresemos al tema dejando en la memoria la referencia al pasado. El trabajo lleva por título “Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión”. Son 385 páginas divididas en dos partes, la primera, “Contratos de Adhesión y Cláusulas Abusivas en General” cuya exposición del tema está dividida en cinco capítulos; y la segunda parte titulada “Contratos de Adhesión y Cláusulas Abusivas en Particular” ésta a su vez dividida en ocho capítulos.

Desde muy temprano en la obra puede advertirse que la revisión de las opiniones de los autores, de los textos legales y de la jurisprudencia sobre la materia no es abordada con la finalidad de avasallar al lector con la erudición del autor, sino con sentido crítico, con el propósito de desarrollar una tesis que va encontrando soporte para los conceptos expresados, a la par que ideas y expresiones que son rebatidas con sencillez, sin alardes de supremacía.

En el propio primer capítulo de la Primera Parte el autor nos hace ver la amplitud de aplicación que en la vida cotidiana tienen los contratos de adhesión, que es sin duda el patrón para medir su utilidad y

la necesidad de regularlos con la finalidad de que su uso se expanda, no que se restrinja. A comienzos del siglo pasado se vieron como una novedad que irrumpía con el propósito de dominación y hacía por lo tanto indispensable la intervención del Estado en la protección del débil jurídico.

Estos contratos son el resultado de la revolución industrial, del crecimiento urbano, de la satisfacción de necesidades que ese mismo crecimiento genera y también de lo que se llamó la lucha de clases, lo que explica que en fecha tan cercana como el año 2016 en la reforma del Código Civil francés, como lo anota el autor, se incorporara una disposición que dice “En un contrato de adhesión, toda cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes se reputa no escrita...”. Desde luego la determinación del desequilibrio significativo corresponderá a los jueces, lo que sin demeritar su labor abre un abanico de interpretaciones. Quizá por eso en la obra de Acedo Sucre donde son muchas las sentencias del TSJ que se citan, paradójicamente sean más abundantes las de la Sala Constitucional y la Político Administrativa en comparación con las de la Sala de Casación Civil.

Entre tantas citas de las sentencias del TSJ llamó mi atención una jurisprudencia en la cual ésta encuentra la diferencia entre los contratos paritarios y los de adhesión, en estos términos: (cito) “el acuerdo sobre la celebración de un contrato va generalmente precedido de una libre discusión entre las partes contratantes” (fin de la cita) destacando el autor, con fina sutileza su desacuerdo, ya que califica como “exacto” lo señalado por el TSJ salvo por el empleo del adverbio “generalmente” que no considera adecuado porque (cito) “los contratos de adhesión son mucho más frecuentes que los contratos de libre discusión” (fin de la cita), con lo cual despoja a la sentencia, sin decirlo, del fundamento que ésta pretende encontrar para la “protección del débil jurídico” en lo excepcional de este tipo de contratos, cuando quizá pudiéramos hoy decir que lo excepcional es la libre discusión entre las partes contratantes.

La idea que predomina en la jurisprudencia citada es (cito) “...queda claro que en la formación de los contratos de adhesión no participa la voluntad de uno de los contratantes” (fin de la cita), que desde luego no es sino una deformación profesional de los jueces abogados que tienden a ver en la celebración de estos contratos más que la satisfacción

del interés recíproco de las partes al contratar, la labor profesional de su elaboración que es lo que la sentencia del TSJ no encuentra, cuando para los contratantes es el logro de los objetivos de seguridad, ventaja, expedición y facilidad que cada parte en esos contratos bilaterales aspira obtener del cumplimiento de la otra parte con lo prometido.

Los contratos llamados de adhesión son desde luego innumerables, pero la atención del autor se centra, de ahí el título de la obra, en las llamadas “cláusulas abusivas”; porque en la tarea de proteger al débil jurídico, poco importan las formalidades relacionadas con la creación del contrato, sino el hecho mismo de la posición de dominio que resulte de ese contrato. Digo que resulte y no que resulta porque estimo inadecuado que se considere que la capacidad económica o la solvencia de una de las partes en relación con la otra fija “per se” la posición de dominio de cuanta relación contractual establezcan, como lo hace notar en su libro Carlos Eduardo Acedo.

La posición de dominio creo entender de mi lectura apresurada e incompleta de la obra no depende necesariamente y siempre de la capacidad económica de una de las partes frente a la otra. Desde luego como atinadamente lo pone en evidencia el autor cuando se pregunta ¿quién tiene la posición de dominio entre un banco y una empresa aseguradora? Si se trata de contratar una línea de crédito o un seguro ¿uno y otro?

Por eso no puedo dejar de traer a la atención de la audiencia esta anécdota referida por el doctor Justino de Azcárate, un español que dejó siembra de hijos, nietos, bisnietos y ya tataranietos en Venezuela a donde llegó de España como uno más de quienes escaparon de la guerra civil y del franquismo y cuarenta años después regresó allá para el proceso de democratización como senador a las Cortes. Narraba el doctor Azcárate en 1966 con ocasión de conmemorarse 40 años de la actividad de comerciante del señor Eugenio Mendoza, el diálogo entre dos jóvenes españoles iniciada la guerra civil, el uno, limpio de solemnidad, le dijo al otro, me voy al frente a luchar por mis ideales; y el otro, huérfano muy joven que acababa de heredar un complejo de empresas le contestó “como envidio tu independencia económica”.

Son tan innúmeros los contratos de adhesión que los integrantes de una sociedad cualquiera celebramos a diario, sin que se suscriba documento alguno y desde luego sin que sea posible introducir ninguna

modificación de los términos en los cuales se contrata, que no es posible definirlos, con base en el criterio de la jurisprudencia citada, la inexistencia de un debate entre las partes para congeniar sus intereses. Baste mencionar los servicios públicos de luz, agua, telefonía, electricidad, transporte en fin de todo aquello que necesitamos tener resuelto previamente, para poder estar en condiciones de contratar con quienes alteramos en el intercambio de bienes y servicios esenciales para nuestro desenvolvimiento social, que nos resulta insólito ese criterio.

Nuestro autor inspirado en la reforma del Código Civil francés del año 2016, que considera no escritas las cláusulas que creen un desequilibrio significativo apunta su criterio jurídico en otra dirección, hacia un punto fundamental, la creación (cito) “de un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes” para agregar, marcando distancia con otros autores, que el desequilibrio relevante no es sólo el jurídico, sino también el económico.

Intentar hacer un resumen de todo cuanto se expone en el libro sería imposible, no solo por lo limitado del tiempo, sino porque el trabajo de sintetizar puede resultar más complejo y difícil que el de exponer y puede terminar convirtiéndose en una mutilación. Creo por lo tanto que llamar la atención sobre tópicos específicos, como el ya señalado a propósito de la jurisprudencia del TSJ y la del texto de la reforma del Código Civil francés es la forma adecuada para entusiasmar a la audiencia hacia la lectura del libro y desde luego a la adquisición del mismo, que me parece que es al menos una de las razones por las cuales estoy aquí.

Tomemos pues otro ejemplo. En el Capítulo Segundo de la Segunda Parte del Libro el autor aborda el tema de la modificación unilateral del contrato de adhesión como una de las Cláusulas abusivas en particular; y la descarta en una de las primeras frases (cito) “pues bien, en nuestra opinión, tales cláusulas no tienen ningún valor” (fin de la cita).

Luego abre espacio a una polémica más fluida, al enfrentar el argumento que sostiene que cuando en el propio contrato original se prevé la introducción de esas modificaciones, éstas ya no serían unilaterales pues habrían sido aceptadas por el adherente al suscribir el contrato original, como lo sostiene en su obra “Introducción a la Nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario”, José Ignacio Hernández que figura entre los autores y obras citadas.

No se trata en la tesis expuesta en la obra de negar la posibilidad de modificación del contrato, especialmente de aquellos cuya vigencia se prolonga en el tiempo para adaptarlo a las nuevas realidades. Se trata no de negar la posibilidad de modificación que habría sido aceptada al suscribirlo, sino de la modificación específica que rechaza en estos términos, que transcribimos incluyendo la frase del autor citado que será rebatida (cito) “La actuación llevada a cabo no será unilateral, desde que se basa en disposiciones contractuales” (fin de la cita) a la que sigue su réplica (cito de nuevo) “Discrepamos de esto, pues, en nuestra opinión, para que la modificación de un contrato de adhesión deseada por el proponente sea válida, tiene que ser aceptada por el adherente; y tal aceptación debe versar sobre cada modificación, cualquiera que ella sea, no pudiendo el adherente aceptar por anticipado modificaciones eventuales que, al momento de contratar, ninguna de las dos partes conoce” (fin de la cita).

Sobre este mismo tema de la modificación de los contratos, que resultan en mi opinión necesarias si como es natural están orientados a prolongarse en el tiempo, más adelante Carlos Eduardo enfoca este mismo problema de la aceptación tácita de los cambios, para con sano juicio criticar en las leyes de supuesta protección a los usuarios la disposición que convierte el silencio ante las propuestas modificaciones en un rechazo a las nuevas condiciones y términos, que conduce a la resolución o rescisión del contrato.

Regresemos de nuevo a la parte primera del libro para referirnos a “la utilidad social del contrato de adhesión” que es el meollo de todo cuanto pueda decirse y Acedo Sucre lo dice (cito) “El interés del oferente en prestar el servicio o suministrar el bien puede ser un interés tan fuerte como el interés del adherente en recibirlos...” (Fin de la cita). Pero allí no se detiene sino que agrega, casi seguidamente: (cito) “En efecto, asumir como lo hace la Sala de Casación Civil, que en el texto propuesto en todos los casos, se respetan más unos derechos que otros equivale a considerar que los contratos de adhesión siempre son abusivos, lo que no es verdad, aunque los abusos sean frecuentes.” (Fin de la cita).

El texto no puede ser más claro y me lleva a agregar que esa visión del bueno y el malo que se refleja en la sentencia de la Sala de

Casación, no es sino una de las tantas manifestaciones de la penetración del marxismo como cosmovisión que ha permeado a tal punto en todos los estratos sociales y culturales, que coloca a los jueces en la insólita posición que antes de la Revolución Francesa tuvieron reyes y emperadores, cuyo poder se manifestaba de la manera más potente a la hora de administrar justicia.

Es por eso que al comienzo de mi exposición me referí a la Ley de Ventas con Reserva de Dominio, en la cual para impedir que el débil jurídico o económico pudiera ser avasallado por estipulaciones abusivas, estableció límites muy prácticos, entre otros a la acción de resolución por incumplimiento por parte del vendedor, en lugar de recurrir a la fórmula de reputar como no escrita ciertas estipulaciones como ocurrió 60 años después con la reforma del Código Civil francés.

No quiero concluir esta presentación sin dejar de señalar que así como se habla de nuestro planeta como la aldea global en la cual se integrarán las naciones del mundo, yo visualizo que las relaciones contractuales o mejor dicho los vínculos contractuales cada vez se orientarán más a estar regidos por estas formas a las que se ha dado en llamar “contratos de adhesión”; y que yo estimo como más adecuado que se los hubiera llamado “contratos por adhesión”, como ya lo señalaba Gert Kummerov en su obra, citada por Acedo Sucre, que tituló “Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión”. No tengo la más mínima ilusión de que este comentario mío tenga alguna posibilidad de éxito, pues la expresión “contratos de adhesión” llegó para quedarse. Pero ya que dije lo que dije, debo decirles porqué lo dije. Estimo que la preposición “de” es más propia para definir el contenido del contrato. Contrato de venta, de arrendamiento etc.; mientras que la preposición “por” nos indica el modo como o a través del cual, las partes quedan vinculadas contractualmente. Con esta frase pongo fin a la presentación y le ofrezco mis disculpas a Carlos Eduardo Acedo Sucre por haberme aprovechado de su solicitud para la presentación de su libro, para introducir mi ego, ante el público presente. De otra manera cuando me solicitó que hiciera esta presentación en lugar de darle las gracias habría tenido que acudir de nuevo a Lope de Vega, para preguntarle a él “que tengo yo que mi amistad procura”.

**PALABRAS DEL AUTOR
DR. CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

Señores

Presidente, directores e individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,
Compañeros de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía.,
Querida familia y amigos,
Distinguidos invitados:

Hace exactamente una semana, un señor humilde, que cultiva unas tierras cerca de Caracas, me contó que un grupo de paramilitares lo sacó por la fuerza de su casa, sin permitirle retirar sus pertenencias; le dijo que todas las propiedades de la zona ahora van a ser controladas por ese grupo; y le advirtió que no le van a devolver su casa, ni le van a permitir el acceso a sus siembras, pero que busque dinero, pues van a dejar que se lleve sus cosas a cambio de un precio. Seguramente ese grupo se siente impune, porque tiene armas y el beneplácito del gobierno, por lo que nadie se va a atrever a denunciarlo. Para colmo, ese pobre señor no tiene recursos para pagar dicho precio; y varios de los paramilitares armados que lo desalojaron, amenazaron y están extorsionando, son muchachos.

En un país en este estado de descomposición, ¿para qué escribir?
Sobre todo, ¿para qué escribir un libro de derecho?

La respuesta obvia es que tengo la esperanza de que esta situación cambie, y volvamos a tener un país democrático, con instituciones que cumplan una función.

Pero esta esperanza no responde totalmente la pregunta anterior. La respuesta se encuentra también en mi compenetración con los valores que inspiran a dos instituciones a las que tengo el privilegio de pertenecer. Ambas organizaciones, cada una a su manera, se desempeñan en el ámbito jurídico, estimulan el saber y defienden principios éticos.

Una de esas instituciones es la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y la otra es Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar y Cía., MENPA. No es casualidad que varios miembros de la Academia fueron o son socios de MENPA. Este libro y este acto tienen la particularidad de que cuentan con el patrocinio conjunto de la Academia y MENPA.

En estos casi 20 años de desintegración moral y social de Venezuela, la Academia ha tenido un papel muy activo y valiente, como propulsor de la institucionalidad democrática y el conocimiento jurídico. El libro que bautizamos hoy es la publicación de mi trabajo de incorporación a la Academia, presentado el 23 de marzo de 2017.

MENPA, por su parte, es el lugar donde me formé profesionalmente desde los 18 años de edad, hace cuatro décadas, gracias a las enseñanzas de maestros magníficos, que me inculcaron el amor por el derecho y por el trabajo duro y honesto como abogado. El esfuerzo y la rectitud son virtudes que se han enrarecido en los últimos dos decenios en Venezuela.

Pero lo anterior tampoco responde del todo la pregunta de por qué escribí en estos tiempos un libro de derecho.

Por una parte, me gustan las palabras y las ideas que expresan: disfruto leyendo y me encanta escribir.

Por otra parte, el derecho de las obligaciones me parece fascinante. Se ha escrito tanto y tan bien sobre esta materia, que el francés Jean Carbonnier afirmó que el derecho de las obligaciones es un “género literario”.

El tema del contrato de adhesión, en particular, lo considero interesantísimo. No es sino recientemente que ese “género literario” centró su atención en este tema, pues el derecho clásico de las obligaciones partía de la base de que los contratos son libremente negociados.

Casi todos los que estamos aquí somos abogados. Sin embargo, casi ninguno de los que estamos aquí ha celebrado a título personal un contrato escrito libremente negociado. En los locales y las tiendas los precios están previamente establecidos y los contratos suelen ser verbales y brevísimos: *dame esto o hazme esto, y ¿cuánto es?* Es raro, si uno no es abogado, ver un contrato escrito, salvo que sea un contrato de adhesión, es decir, un acuerdo en el cual todas o la mayor parte de

las cláusulas son textos preestablecidos por uno de los contratantes. No es frecuente que un contrato escrito celebrado por un particular en su esfera individual sea un contrato paritario, o sea, un acuerdo negociado en cuya redacción intervienen ambas partes.

Todos los que estamos aquí hemos abierto cuentas bancarias y hemos tenido algún seguro. Piensen qué ocurriría si cada uno pretendiera discutir con un banco o una aseguradora el articulado de un contrato bancario o una póliza de seguro. Aunque el banco o la aseguradora tengan menos poderío económico que sus clientes corporativos más importantes, estos últimos tampoco suelen discutir el articulado de los contratos bancarios y pólizas de seguros, sino que simplemente los firman.

A pesar de que la inmensa mayoría de los contratos escritos son de adhesión, no hay, ni ha habido nunca, en Venezuela, una regulación relativa a la generalidad de los contratos de adhesión.

Esto es muy problemático, porque, por definición, la totalidad o la mayoría de las cláusulas del contrato de adhesión son redactadas por una sola de sus partes, que usualmente está en capacidad de imponer su clausulado, muchas veces por tener una posición de dominio sobre el otro contratante. Entonces, el redactor puede incurrir en la tentación de incorporar una o más cláusulas abusivas en el contrato, que el adherente no puede negociar.

Además, la circunstancia de que el adherente no pueda modificar ninguna o casi ninguna cláusula del contrato acarrea que los errores de redacción no puedan ser corregidos por iniciativa de este último.

Es más, el adherente normalmente no se lee el contrato, pues, ¿para qué leerlo? Yo soy abogado, y, cuando abro una cuenta bancaria o tomo un seguro, no me leo el documento que me entrega el banco o la aseguradora a fin de que se lo firme. Para que yo me lea ese documento, el banco o la aseguradora, o su cliente, tiene que aceptar pagarme honorarios profesionales. Tratándose de un texto largo, complicado y fastidioso, ¿cómo pretender que un consumidor cualquiera lo lea, sabiendo que no lo puede alterar?

Lo mismo pasa cuando uno hace una compra por internet o quiere acceder a cierta información en la red, puesto que uno acepta, con un “clic”, el contrato que le es propuesto, sin ni siquiera abrirlo, así que

uno no se entera de la existencia de cláusulas abusivas ni de cláusulas mal redactadas, si las hay. ¿Para qué enterarse, si uno no las puede cambiar?

Igual sucede cuando uno ingresa en un estacionamiento, entra en un cine, manda la ropa a la tintorería y un largo etcétera, pues casi nadie mira la letra chiquita del ticket, ni el letrero en la pared, haya o no abuso y estén o no bien redactados.

La realidad es que el adherente no tiene más remedio que confiar en el redactor del contrato de adhesión, quien usualmente es un proveedor de bienes o servicios, a los que el adherente quiere acceder. Ahora bien, esa confianza no debe ser defraudada. El redactor, que hace reglas que se aplican a todos los adherentes, tiene que proponerles contratos equilibrados y claros. Si no lo hace, el redactor incurre en culpa y debe responder ante los adherentes.

De hecho, las sucesivas leyes en materia de protección al consumidor establecían principalmente que las cláusulas abusivas son nulas y que las cláusulas oscuras deben ser interpretadas a favor de los adherentes. Pero estas leyes fueron derogadas por el actual régimen, a pesar de su hostilidad hacia los proveedores de bienes y servicios. Y nuestro Código Civil no regula los contratos de adhesión, pues está inspirado en el Código Civil de Napoleón y el Código Civil de la Italia unificada, ambos del siglo XIX, y en el Proyecto Franco Italiano de Código de las Obligaciones, de principios del siglo XX. En esa época, los contratos de adhesión y las correspondientes cláusulas abusivas y oscuras no eran motivo de preocupación.

En mi libro explico que, a pesar de la derogatoria de la normativa venezolana sobre protección al consumidor, y a pesar de que nuestro Código Civil no regula los contratos de adhesión, el código permite llegar a la misma conclusión que las leyes abrogadas. En efecto, los principios de buena fe y de equidad, así como la exigencia de respeto al orden público, todos los cuales están reflejados en el Código Civil, me llevan a concluir que las cláusulas abusivas son nulas y las cláusulas oscuras se interpretan contra el redactor.

Además, en mi libro explico qué tipos de cláusulas han sido calificadas como abusivas, y en qué casos esta calificación está justificada y en qué casos no lo está. En efecto, una corrección con base sobre los

principios de buena fe y de equidad, así como la exigencia de respeto al orden público, solamente tiene cabida con respecto a las cláusulas realmente abusivas, y no con respecto a las cláusulas catalogadas como abusivas en el pasado, sin justificación alguna. Entre las cláusulas reputadas abusivas, que no lo son verdaderamente, están los acuerdos de arbitraje relativos a contratos de adhesión.

Para que una cláusula sea abusiva, tiene que ser una cláusula impuesta. En efecto, si un contrato es producto de un proceso de discusión entre iguales, no se puede hablar realmente de cláusulas abusivas, pues una cláusula que favorece a una parte puede tener su contrapartida en una cláusula que favorece a la otra parte, según lo negociado entre ellas. De manera que la noción misma de cláusula abusiva está ligada, o bien al concepto de contrato de adhesión, o bien al concepto de posición de dominio. De hecho, no se justifica proteger al adherente contra abusos si se trata de una cláusula que no está en el documento contentivo del contrato de adhesión, sino en un documento separado, que puede ser aceptado o rechazado por él. En este sentido, los acuerdos de arbitraje relativos a contratos de adhesión son válidos en la medida en que no estén en el mismo documento. Lo mismo se puede decir respecto de la generalidad de las cláusulas que serían abusivas si estuvieran en el documento contentivo del contrato de adhesión, pero serían inobjetables si el adherente fuera libre de dar o no su consentimiento respecto de ellas en un documento separado.

Un ejemplo dado frecuentemente, de cláusula abusiva en un contrato de adhesión, es la cláusula que exonera total o parcialmente de responsabilidad al redactor. Pero, internacionalmente, estas cláusulas son normales en muchos contratos, y, sin ellas, el bien o servicio correspondiente sería más caro o el proveedor no estaría dispuesto a suministrarlo; además, en ciertos supuestos, el adquirente puede protegerse con un seguro. En cualquier caso, no es lo mismo exonerar de responsabilidad al redactor del contrato de adhesión, que delimitar con seriedad sus obligaciones, sin desnaturalizarlas, dejando claro que ciertos daños deben ser asumidos por los adherentes, porque no están relacionados con el incumplimiento de tales obligaciones. Esto no constituye una exoneración de responsabilidad propiamente dicha, pues las partes pueden eliminar o moderar las obligaciones que normalmente les hubieran

correspondido en virtud de normas supletorias o de cláusulas de estilo, aunque esto resulte en una ausencia o disminución de la responsabilidad que de otro modo hubieran tenido. Ello es inobjetable, puesto que, salvo la limitación que resulta del orden público, las partes son libres de adquirir y graduar sus obligaciones contractuales, lo que evidentemente incide sobre su responsabilidad.

En el mismo orden de ideas, el que una cláusula se interprete contra su redactor presupone que se trate de una cláusula impuesta por éste, así que dicho mecanismo sólo tiene cabida si se trata de una cláusula incluida en el documento contentivo del contrato de adhesión o de una cláusula resultante de un abuso de posición de dominio.

Muchos consideran que el tema de las cláusulas abusivas no abarca las disposiciones contractuales que establecen la principal obligación de cada parte, sino solamente las que establecen obligaciones menos importantes. Yo opino, por el contrario, que el tema de las cláusulas abusivas abarca, entre otras, las cláusulas de los contratos bilaterales que establecen un desequilibrio pronunciado entre las recíprocas prestaciones de las partes. En Venezuela, esto es una forma de usura.

En mi libro también me refiero a la tesis de que hay que proteger al contratante afectado adversamente por la pérdida del equilibrio contractual resultante de un cambio en las circunstancias económicas ocurrido después de la celebración del contrato. Esto es lo que se denomina “teoría de la imprevisión”. Al respecto, considero que esa protección debe limitarse a los adherentes de los contratos de adhesión y a las contrapartes de quien se encuentra en una posición de dominio. En efecto, fuera de esos casos, no me parece que se justifica modificar lo pactado, pues se trata de contratos de libre discusión entre iguales, en los cuales no creo que se deba beneficiar a una parte en detrimento de la otra, alterando lo que ellas mismas acordaron. En cambio, en los contratos de adhesión y los resultantes de una posición de dominio, considero que tiene cabida la protección del contratante más débil, perjudicado por la nueva situación, aplicando los criterios de buena fe, equidad y orden público que informan nuestro Código Civil.

En virtud de todo lo anterior, en mi libro propongo una definición amplia de contrato de adhesión, pues una interpretación restrictiva no cumple bien la función de salvaguardar a los adherentes contra cláusulas

las abusivas u oscuras, ni contra desequilibrios contractuales sobrevenidos e importantes. A título ilustrativo, sostengo que los contratos de franquicia y los contratos de distribución son contratos de adhesión, aunque algunas de sus cláusulas sean objeto de negociación.

El día en que se quiera regular de nuevo los contratos de adhesión, esta regulación no debería estar circunscrita a ciertas áreas, tal como el derecho del consumo, que era lo que pasaba en Venezuela hasta que el actual régimen derogó las leyes sobre la materia. Esto debería ser objeto, más bien, de una reforma del Código Civil, o una ley especial, que se aplique a todos los contratos de adhesión, aunque no sean entre proveedores y consumidores.

No los aburro más. Para terminar, sólo quiero decir que mi libro está dedicado a mi esposa, Teresita, y a nuestros hijos, Teresita, Eduardo y Luisa; expresar mi agradecimiento a la Academia, a MENPA, a las librerías Tecniciencia, a los doctores Ruan, Morles y Páez Pumar, y a todos ustedes; e invitarlos a un brindis en el patio de esta Academia cuando concluya el bautizo de mi libro.

***LIBER AMICORUM:* HOMENAJE A
GABRIEL RUAN SANTOS.
15 DE MAYO DE 2018.**

**PALABRAS DEL PROF.
LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ,
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN
VENEZOLANA DE DERECHO TRIBUTARIO
(AVDT).**

Muy apreciado Prof. Gabriel Ruan Santos, epicentro de este homenaje, causa eficiente y razón que hoy nos reúne bajo un sentimiento común que evidencia la estima y admiración de la comunidad jurídica nacional e internacional hacia su persona y trayectoria.

Señor Dr. Humberto Romero Muci Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, entusiasta colaborador y punto de apoyo de nuestra institución en la realización de este evento.

Señores Académicos de esta Ilustre Corporación y de otras que hoy nos acompañan en este sencillo pero emotivo homenaje.

Señores Expresidentes de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT).

Apreciados compañeros miembros del Consejo Directivo de la AVDT, erigido en una sola y afanosa voluntad para llevar adelante y materializar esta obra colectiva, así como para la organización del evento para su presentación.

Apreciado profesor Jesús Sol Gil, expresidente de la AVDT y unos de los impulsores de este *Liber Amicorum* que hoy presentamos.

Señores Coordinadores de esta obra colectiva, cuyo empeño y dedicación han hecho posible su edición y publicación.

Estimados Miembros de la AVDT.

Honorables integrantes de la Familia Ruan Santos.

Señoras y Señores.

Los homenajes académicos constituyen alimento necesario y deseado por quienes lo reciben para continuar en la difícil ruta del análisis y estudio de nuestra ciencia en momentos de ataques arteros contra el Estado de Derecho.

Es la exigencia sutil de quienes lo rinden para que el beneficiario mantenga el ritmo e intensidad del trabajo intelectual que se reconoce,

para continuar la orientación de la ardua labor, en la esencia y ocupación de quien este homenaje recibe, de no abandonar la diaria brega de la restauración del «Estado Constitucional» y la vuelta al respeto omnicompreensivo de las libertades públicas, de su origen y núcleo democrático debilitado, fuerte y aviesamente atacado por la ejecutoria de acciones destinadas a imponer formas de interacción social y sumisión a un régimen «dirigista» de profunda vocación totalitaria, orientado a la planificación centralizada de la actividad económica y moldeador inaceptable del comportamiento del individuo en la sociedad, que amenaza con definir prácticas de moderna servidumbre inédita para el venezolano.

No existe teoría del prólogo ni mucho menos de una presentación, que sirva de punto de partida al acucioso lector, bien sea estudiante o especialista; con mayor razón cuando se tiene la convicción que la obra se convertirá en referencia obligada para la adquisición del conocimiento o para su profundización, como en este caso, en algunos temas del Derecho Público, del cual homenajeado es destacado exponente y cultor.

Esa omisión teórica, como lo expresa *Jorge Luis BORGES*,

“no debe afligirnos, ya que todos sabemos de qué se trata”. Tanto los prólogos como las presentaciones, “en la triste mayoría de los casos, linda [n] con la oratoria de sobremesa o con los panegíricos fúnebres y abunda [n] en hipérbolos irresponsables, que la lectura incrédula acepta como convenciones del género”.¹

No es la causa o búsqueda de esta presentación en virtud que no se trata de un panegírico laudatorio, de loas de ocasión o irresponsables construcciones hiperbólicas que sirvan de derrotero de egoístas o personalísimos objetivos de quien asume la vocería de una institución y una comunidad.

Por el contrario, es la voz y expresión mancomunada de nobles sentimientos de afecto hacia el profesor *RUAN SANTOS*; admiración hacia el *Decano*, epíteto que afectuosamente le ha sido endilgado por

¹ BORGES, Jorge Luis, *Prólogos con un prólogo de prólogos*, Biblioteca Borges, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 9.

la “generación AVDT”, que el mismo así ha bautizado para destacar el reconocimiento al empuje de los tributaristas venezolanos y la valía de los aportes a la construcción de una doctrina nacional con influencia internacional.

Es el cumplimiento de la representación genuina de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT) que se hace eco también de la comunidad jurídica, que reconoce en él un valor, y se adhiere a este homenaje académico.

La feliz y oportuna iniciativa de efectuar un *Liber Amicorum* al amigo, al académico y al destacado jurista Gabriel **RUAN SANTOS** contó con nuestro entusiasmo continuado desde la vanguardia de la amistad y de la trinchera del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, baluarte de institucionalidad académica en tiempos de dificultad para la vigencia del Estado de Derecho y del régimen democrático que la da funcionalidad, de la cual nuestro homenajeado fue su presidente durante el periodo 2001-2003.

No es una travesía iniciada para esgrimir conceptos de referencia no sentidos o pergeñar para la circunstancia un perfil acomodaticio, espejo del solitario ejercicio de cumplir, solo por compromiso, la tarea de rigor que se hace necesario en un nada espontáneo protocolo que justifica la publicación.

Este acto refleja mancomunidad y deseo de trabajar en pro del Estado de Derecho entre esta centenaria Academia y nuestra casi cincuentenaria Asociación. Está acentuado en quien ha sido escogido como epicentro del afecto y recipiendario del esfuerzo entusiasta que el mismo involucra. Es una descontada respuesta y adhesión al pensamiento orteguiano de que “lo importante en la vida es tener quehacer, una misión, una empresa, una tarea. Como **CERVANTES**² sugiere, es más sabroso el camino que la posada”.

Estamos seguros que el profesor **RUAN SANTOS**, comparte con **ORTEGA Y GASSET** que “la inteligencia no es una cosa que se tiene, sino una cosa que se es. No consiste en un instrumento externo que se

² ORTEGA Y GASSET, José, *Imperativo de Intelectualidad* en Obras Completas, T.III, Taurus, Madrid, p. 384.

maneja a voluntad, sino en delicadísima actividad localizada en el más radical centro de la persona”³.

En el caso de nuestro homenajeado **RUAN SANTOS**, tenemos la plena seguridad que los afluentes de esta obra colectiva son agradecidos colegas que han tenido el privilegio de su interacción profesional o el concurso de sus capacidades para llevar adelante proyectos profesionales; aventajados alumnos que han encontrado en sus enseñanzas, ancladas en la cátedra universitaria, una fuente sistemática del conocimiento del Derecho Público y las herramientas para su profundización; en los estudiosos de esa rama de nuestra ciencia, producto de su clasificación tradicional, que se ha visto enriquecida por sus aportes contenidos en revistas especializadas, ponencias en foros nacionales e internacionales, en libros y propuestas diversas.

Aportes que reflejan su impronta, encontrando en los mismos luces para la solución de conflictos en el marco de la contraposición de derechos, en la dialéctica relación de exigente control y delimitación entre los entes impositores y los contribuyentes o entre el Estado y sus ciudadanos; de las instituciones de las cuales forma parte pues su timidez no impide sus críticas u observaciones asertivas y oportunas en momentos de dificultad.

Tuve la oportunidad de conocer al profesor **RUAN** en los inicios de la década de los años ochenta, siempre alertamos el vasto conocimiento del jurista, dedicado al estudio del Derecho Público en un mundo globalizado, intenso, de gran prolijidad en la doctrina y jurisprudencia, que recae sobre el derecho que organiza al Estado, regula su interacción con los agentes económicos internos e internacionales, lo que supone un gran reto para desarrollar y profundizar su visión prospectiva sobre el hecho económico y social, que constituyen los supuestos del ejercicio del Poder Público normativo abstracto que constituyen su objeto.

La complejidad de una comunidad global, factor debilitante de las estructuras normativas e institucionales del Estado tradicional y barda de la acción de los gobiernos para disminuir o infructuosamente evitar el paso abrupto e indetenible de las fuerzas mutantes cabalgantes en la

³ Ibidem.

tecnología, pareciera una apreciación constante en nuestro medio; y, por consiguiente, un redoblamiento en las exigencias a los intelectuales que quieren descollar.

En Venezuela ha sido una observancia reiterada la transformación y crisis del Estado. Ya desde 1926 la visión aguda y futurista, de una mente extraordinaria como la de *Alberto ADRIANI*, acusaba que “la época actual será considerada para la experiencia política tan interesante como lo fue el Renacimiento para la experiencia artística y la reforma para la experiencia religiosa”⁴.

El intelectual emeritense, ya avizoraba para aquel entonces, etapa histórica de grandes contradicciones y coja valoración, “el prodigioso desarrollo de la técnica de las comunicaciones, que ha empequeñecido el mundo y hecho fácil la circulación de los hombres, de las ideas y de las riquezas; que ha establecido el contacto con todas las razas y todas las civilizaciones del planeta, y que, en fin, ha alargado hasta lo posible el ritmo y el radio de la actividad humana”⁵.

Esa visión posible en una mente brillante absurdamente malograda, en una Venezuela que todavía no había abierto los ojos al siglo veinte⁶, impone, casi un centenar de años después, un reto constante de actualización al jurista que debe procurar entender los cambios operados en el mundo, sus transformaciones y su incidencia en la actividad económica interna que supedita toda la estructura de valores que se reflejan en la institucionalidad y en la normativa (lato sensu), incluida la tributación, que inciden sobre el desenvolvimiento del individuo en cuanto ente autónomo, cuya dignidad y libertad se pone en juego con el accionar del Estado y sus pretensiones de asfixiante intervención en todos los aspectos, en que aquel le corresponde por naturaleza actuar.

El jurista, en el sentido estricto del vocablo, no puede responder acomodaticiamente a imposiciones de circunstancias, huecas tendencias o intereses grupales coyunturales contrarios a la esencia misma de la legalidad y la justicia. Su verdadera trascendencia radica en la visión

⁴ ADRIANI, Alberto. Textos Escogidos, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1998, p. 69.

⁵ Ibidem.

⁶ PICON SALAS, Mariano. Citado por SALCEDO BASTARDO, J.L. en Historia Fundamen

integral del ámbito social que le corresponde influenciar en modo abstracto de reflexión, para elucidar el sentido y contenido de la norma en función de los principios y valores, aún de aquellos no constitucionalizados y, en modo concreto e individualizado, ajustar sus cavilaciones primarias para moldear y perfeccionar situaciones particulares del desempeño del individuo y su relaciones con el Estado, en la simbiótica relación de reconocimiento y protección a la iniciativa privada, dispuesta por esencia propia a la existencia del ciudadano para generar bienestar y desarrollo y no para someterlo, al punto de llevarlo a formas modernas de esclavitud.

En el primer caso, nos encontramos frente a una situación descriptiva proactiva y positiva del rol del jurista, que debe formular recomendaciones para mejorar y evitar patologías que eventualmente pueden degenerar en perversiones de la institucionalidad y normatividad. Es una labor preventiva.

En el segundo caso, nos encontramos en situación descriptiva imperativa y reconstructiva del jurista, que debe alertar, indicar, señalar, incluso, acusar y demandar la restitución de los derechos fundamentales, que derivan de las lesiones de acción u omisión del Estado, por imposición de modelos políticos que pretenden arropar la totalidad del individuo en su conducta íntima o de su desempeño social e interacción con sus conciudadanos, distorsionada o intervenida por el Estado.

No puede atribuírsele la condición de jurista a quien se refugia únicamente en el primer estadio del pensamiento y de la reflexión, aislado del devenir de la sociedad, del acontecimiento y sus desviaciones concretas y lesivas a sus conciudadanos pues tal labor reflejaría un trabajo incompleto y hasta egoísta.

Así al jurista debe exigírsele actuar, involucrarse en los procesos económicos, políticos y sociales y no ser un mero espectador en el burlesco de la observancia pasiva, distante y no comprometida, esperando que la fortuna, a veces ciega e injusta, le reconozca méritos que no merece.

Nuestro homenajeado es hombre comprometido, angustiado actor del momento que atraviesa el país, que se está quedando rezagado de los avances que experimentan el mundo civilizado en la afanosa búsqueda de bienestar para el ciudadano.

El profesor **RUAN SANTOS** no deja la reflexión del fenómeno presente sino que echa mirada preocupada a nuestra historia contemporánea para buscar respuesta a los hechos en desarrollo, al origen de la gestación del marco institucional que los enmarcan y generan supuestos que sirven de materia prima al legislador para la construcción de la norma, la fuerza que da forma o deforma a las instituciones por cuanto el presente no es cuestión del azar sino cosecha de la siembra de errores y omisiones continuadas. El jurista, por tanto, debe tener terco empecinamiento por conocer el pasado, obtener los instrumentos necesarios que le permitan atender adecuadamente el rol descrito en función de la prevención y corrección de las anomias institucionales y de las normativa que servilmente le sirve de base.

Sin duda, **RUAN SANTOS** lo ha entendido así, y en una faceta poco conocida pero que comienza a develarse, su inquieto intelecto lo ha llevado a escudriñar con vocación y método de acucioso historiador los procesos de finales del siglo XIX y principios del XX a través de la obra de **Pedro Manuel ARCAYA**, **Augusto MIJARES** y **Abel SANTOS**, éste último su pariente, efectuando no solo esbozo de sus vidas sino encuadrándolos en la realidad y momentos históricos que les correspondió vivir, realizando una análisis de su obra y pensamiento, esfuerzo contenido en los trabajos, su involucramiento con varias generaciones de abogados, nos ha permitido, parafraseando a **USLAR PIETRI**, contar en nuestro tiempo con el privilegio de su fuerza creadora y perpetua juventud⁷.

Así pues a la consideración de su condición de jurista consagrado, debe agregársele su pasión por la historia, quizás tal como la concebía el gran historiador y académico **Caracciolo PARRA PÉREZ**,

“como una tela muy matizada y muy abigarrada casi siempre, donde los colores contrastan. Considerarla como un bloque o monolito equivale a contemplar la cordillera de Los Andes a distancia tal que no permita advertir a los valles y a los abismos que separa entre sí a los ventisqueros”⁸

⁷ Vid., ARRÁIZ LUCCA, Rafael y MONDOLFI GUDAT, Edgardo, *Uslar Pietri y España, Centro de Estudios Latinoamericanos Arturo Uslar Pietri*, Universidad Metropolitana, Caracas, 2007, p. 297.

⁸ PARRA PÉREZ, Caracciolo, *El régimen español en Venezuela. Estudio histórico. Obras Completas*, Academia de la Historia/ Fundación Bancaribe, Caracas, p. 32.

Ese tesonero trabajo intelectual encaja perfectamente en la descripción que sobre sí mismo efectuara *Don Miguel DE UNAMUNO* en cuanto rechazar el aislamiento intelectual y desechar el desconocimiento de otras tendencias, al declarar

“Odio todo lo que huele a partido, a escuela o a secta, porque nunca he podido persuadirme que no sea un necio el hombre que profesa íntegras todas las doctrinas de un partido, secta o escuela y rechaza las demás [...] La sociedad humana debe basarse sobre el individuo particular humano, sobre la personalidad concreta y no abstracta”.⁹

Sin duda, esta es una de las dimensiones del ser concreto del profesor *RUAN SANTOS* que deseamos destacar; la del hombre universal, abierto al pensamiento de todos que respeta al que disiente de sus posiciones, sin que ello signifique alienación o cesión de sus convicciones personales.

Esa universalidad de su pensamiento y carácter tolerante que todos reconocen, va adosado a una sencillez, que no conlleva debilidad al asumir y defender sus posiciones que juzga correctas o aquellas que resultan convenientes a los intereses u objetivos de las instituciones a las que pertenece. Es un hombre consecuente con sus ideas e institucionalista.

La actualidad del profesor *RUAN SANTOS* no solo se pone de manifiesto en sus criterios jurídicos sino en su permeable actitud a las nuevas tendencias; en la ascendencia sobre juristas de diferentes generaciones, especialmente de los jóvenes, que concurren a su sabio consejo y guía, procurando siempre su compañía.

Esa jovialidad, acusada del beneficiario de este homenaje, recuerda las palabras pronunciadas el 14 de abril de 1944 por el poeta *Andrés Eloy BLANCO* en su “*Retrato de GIL FORTOUL*”, uno de los fundadores de esta Ilustre Academia de Ciencias Políticas y Sociales en un acto celebrado en este mismo recinto, otrora sede de la Universidad Central de Venezuela, donde hoy nos encontramos y funciona el Palacio de las Academias, a pesar del criminal acoso y sistémica asfixia a la

⁹ RABATÉ, Colette y Jean-Claude, Miguel de Unamuno. Biografía, Taurus/ Memorias y Biografías, Madrid, 2009, p. 83.

cual está sometida desde hace varios lustros, con la aviesa perseverancia e intención de silenciar la conciencia, la voz democrática y el ánimo libertario que las Academias que lo conforman representan.

Recordaba el laureado poeta una anécdota con el doctor **GIL FORTOUL**, en los términos siguientes:

Yo tengo mi intención al contar esta anécdota. Vayan viendo en ellas la tendencia del hombre hacia la juventud.

Fue en París, en el teatro de Eduardo VII; daban una pieza de Sacha Guitry, titulada “El León y las Gallinas”. En esa pieza el viejo Luciano, el gran trágico francés, hacía el papel de un hombre ya de bastante edad, pero que amaba mucho la vida, como el viejo Luciano, porque el hijo escribió esta obra como alusión al padre, quien llegó hasta ponerse las glándulas del mono. Este viejo trabajaba en colecciones de la antigüedad, sobre todo en numismática; pero le tenía horror a la vejez; quería ser joven siempre. Y un día que él estaba haciendo cierta filosofía de juventud, llegó el criado a decirle que lo buscaba un vendedor. “Dígale usted que venga mañana, que ahora no puedo atenderlo”. Entonces le dice: “Señor, es que le trae una medalla muy antigua”. Dígale usted que la traiga mañana y será más antigua”. Ese chiste hizo que el doctor Gil Fortoul me tomara por la manga y me dijera estas palabras, que yo confío a la perspicacia de ustedes: “Ese hombre tiene la edad que tiene mis pensamientos”.

Señores, el anticuario nos dio una lección para definir a Gil Fortoul como historiador. Era preciso contar la anécdota del anticuario y la moneda. Los hombres van al revés de la moneda: la moneda mientras más vieja vale más; los hombres mientras más viejos son, deben ponerse más jóvenes. El hombre va viviendo y cada vez tiene más años; la humanidad cada día tiene más años, pero progresa más, se renueva más; y la virtud del historiador y la virtud del hombre en general consisten en ir marchando con el progreso y cada día sentirse como la humanidad misma, renovada, lograda de nuevo, encontrando en sí mismos recursos para vivir, nuevas actitudes frente a la vida”.¹⁰

¹⁰ BLANCO, Andrés Eloy, Obras Completas. T.III., Discursos, Congreso Nacional, República de Venezuela Caracas, 1973, p. 165-6.

En ese daguerrotipo retórico y literario del académico barquisime-tano, encaja perfectamente su colega **RUAN SANTOS** en virtud que es un hombre presto a los nuevos tiempos, a las tendencias de índole diversa del mundo global, ya bien a través del estudio sistemático o de guiado de la mano, sin prurito alguno, por las nuevas generaciones que gustan contar con su presencia y compañía.

En nuestro homenajeado se verifica el extraordinario rol de “apoderado de la juventud” y “procurador de la primavera”, que en su elegante prosa, reservaba su Eminencia el **Cardenal José Humberto QUINTERO**, para “cuando en lo cabellos aparecen ya algunos hilos blancos que anuncian el inevitable acercamiento del invierno y cuando en el jardín interior ha caído nieves de dolores, desilusiones y desengaños”.¹¹

Se pone de relieve en su rostro y se potencia su actitud ante la vida, el halagüeño requerimiento de sus consejos y reclamo de su presencia por parte de varias generaciones de tributaristas, especialmente los más noveles, pareciendo hacer suyo lo afirmado por el también insigne académico emeritense citado.

Se hace realidad este homenaje; se verifica un hecho generador, que lejos de la noción que se le da a este complejo concepto en la tributación no genera obligación o pesada carga sino más bien complacencia y satisfacción por el esfuerzo que supone una obra colectiva de afecto y esfuerzo, que ha vencido las perversiones y deformaciones del bienestar, en todos sus ámbitos, que dimanen de la inflación y la devaluación. Todo gracias al tesón, voluntad monolítica, visión compartida y centrada en la admiración y cariño al homenajeado de los Consejos Directivos que han tenido la responsabilidad de dirigir nuestra institución.

La singular estimación por sus especiales cualidades que se traducen en respeto, en perfecto maridaje entre el agradecimiento y el afecto al profesor **RUAN SANTOS** ha sido el acicate para llevar a feliz término esta obra que hoy se pone a disposición de los venezolanos y extranjeros.

¹¹ QUINTERO, José Humberto, Discursos 1937-1950, Topografía “El Compás”, Caracas, 1950, p. 218.

Este *Liber Amicorum* no debe atribuírsele más que el sentido de resaltar en vida, aun activa y productiva a quien con la humildad del sabio ha contribuido con decenas de artículos, libros y ensayos con el avance y divulgación del Derecho Público y, muy especialmente, del Derecho Tributario.

Esa carácter de jurista integral y hombre universal, le ha granjeado el respeto de la comunidad jurídica venezolana e internacional, como queda evidenciado en la participación de más de tres decenas, por demás representativa, de profesores nacionales e internacionales, que a partir de la diversidad de los temas abordados por el profesor **RUAN SANTOS**, ha elaborado consideraciones de actualidad para resaltar los aportes del homenajeado al Derecho y la innegable vigencia de los mismos.

Para nosotros este gran jurista e historiador venezolano, que con su ejemplo se ha convertido en uno de esos “moldes para la fragua”, sobre los cuales escribió el también académico **Rafael CALDERA**, resulta necesario “para imprimir fisonomía a nuevos caracteres (...) para multiplicar lo positivo de la acción y la fe. Lo nuevo no tiene vigor de transcendencia si no se afinca en la realidad propia”.¹²

En nombre del Consejo Directivo de la AVDT, comprometido desde el principio con el proyecto, fuerza y motor de esta obra colectiva, reiteramos nuestro agradecimiento por el esfuerzo realizado a nuestros estimados asociados **Gilberto ATENCIO VALLADARES** y **Carlos WEFER HERNÁNDEZ**; a los aportantes académicos: amigos, colegas profesores, algunos miembros de esta Ilustre Corporación, alumnos, socios y compañeros de muchas bregas de nuestro homenajeado; especialmente, a esta docta Corporación en la persona de su Vicepresidente doctor **Humberto ROMERO MUCI** y al escritorio **ARAQUEREYNA**, en las personas de los abogados **Manuel REYNA PARES**, **Maripi ANEAS** e **Ingrid GARCÍA PACHECO**, instituciones a las cuales pertenece nuestro homenajeado, por habernos acompañado animosamente en este proyecto.

Esta obra colectiva que hoy presentamos, encierra un sentimiento unánime de afecto y reconocimiento, al profesor, al hombre, al jurista,

¹² CALDERA, Rafael, *Moldes para la fragua*, Librería Ateneo Editorial, Caracas, 1962, p. 10.

al historiador, al amigo, a nuestro querido *Decano*, que deja a la posteridad la trascendencia de su obra y la extraordinaria actualidad de su pensamiento.

Señoras, Señores.

**PALABRAS DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI,
PRIMER VICE-PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

En nombre de la ACPS y en el mío personal nos unimos jubilosos a la valiosa iniciativa de rendir homenaje a la obra científica y docente del colega y amigo Académico Gabriel Ruan Santos presidente de esta centenaria corporación.

Agradecemos a la AVDT y a sus eficientes organizadores, la oportunidad de participar en la elaboración de este libro que celebra la *vi-gencia* y la *trascendencia* del pensamiento para el Derecho Público venezolano de GRS. Un libro que representa no solo un homenaje, sino una auténtica **“ofrenda a la amistad”**, realizada por un conspicuo grupo de discípulos, colegas académicos y amigos invitados a participar en este merecido homenaje.

Destaco la forma amena e inteligente del homenaje. Cada aporte está configurado como un auténtico diálogo socrático del colaborador con la obra del homenajeado. En cada aporte se entretajan el análisis y la crítica de la impronta de Ruan Santos en el específico tema que corresponde a su extendido y valioso acervo académico.

En mi caso he tenido el gusto de compartir con Gabriel Ruan Santos muchas iniciativas académicas y profesionales. Entre otras, muy especialmente, hemos intercambiado puntos de vista acerca del muy actual y espinoso tema de **“La deducibilidad de la provisión por riesgo bancario de la base imponible del impuesto sobre la renta”**. Los organizadores de este merecido homenaje me solicitaron que escribiera sobre este tema. El interés práctico en el mismo sube de punto hoy con la intensa presión que recae sobre el patrimonio de los bancos, por la (i) progresiva aparición de nuevas provisiones obligatorias dirigidas a **“reforzar la solvencia patrimonial de los bancos”** (como la **“anticíclica”**), (ii) la implacable presión parafiscal sobre la banca y más recientemente, por la (iii) torticera exclusión de dichas entidades del ajuste integral por inflación, que desfiguró la base imponible

correspondiente a las entidades financieras para la determinación del impuesto sobre la renta. Todo ello compromete y amenaza la solvencia de dichos entes en tiempos de máxima fragilidad económica en el país.

El Profesor Ruan Santos es, sin duda, un integrante de esa *minoría selecta* de hombres, que se distinguen por una trayectoria de *excelencia*, en el sentido que connota *José Ortega y Gasset*: Una vida esforzada, dispuesto siempre a superarse a sí mismo, a trascender de lo que es hacia lo que se propone como deber y exigencia.

Es un fino jurista hecho a pulso en la fragua del trabajo digno y comprometido, pero también un gran abogado, porque ambos ingredientes por seguro no vienen juntos. Su agudo sentido práctico se revela siempre en su juicio prudente. Al igual que su célebre antepasado, en palabras de Ramón David León sobre la persona del Dr. Abel Santos: “... [sus principios son] la fuerza de su dialéctica [...] y sus razonamientos tienen la contundencia y pulcritud de una figura geométrica”. Pero por sobre todo Gabriel es un valioso ser humano que nos honra con su impronta perdurable de venezolano ejemplar. Con sobrada razón ha sido calificado como un “**artífice de civilidad**” por los prologuistas del libro homenaje.

Desde la presidencia de la ACPS le ha tocado un año muy duro. La Corporación, bajo su dirección y con el apoyo de todos sus numerarios, ha enfrentado con ejemplar firmeza la destrucción de la institucionalidad democrática por un militarismo coludido con la criminalidad internacional, subyugado por un colonialismo foráneo, que ha gestado una dolosa crisis humanitaria de salud, alimentaria, arruinando la economía como forma monstruosa de dominio sobre la sociedad venezolana.

La ACPS se ha pronunciado sobre el desmantelamiento de la Asamblea Nacional por el Juez Constitucional, sobre la aplicación de la justicia militar a civiles, la inconstitucionalidad del decreto sobre la misión justicia, sobre el fraude a la democracia con la convocatoria de una asamblea nacional constituyente, sobre la inconstitucionalidad de la ley contra el odio dictada por la ANC, sobre la inconstitucionalidad de la denuncia de la carta de la organización de estados americanos, sobre la politización de las Fuerzas Armadas y el uso desproporcionado la fuerza pública, sobre el abandono del reclamo territorial contra la Republica de Guyana, sobre el fraude de la elección

presidencial y la carencia de imparcialidad e independencia que la revisten, sobre la destrucción de la economía nacional y la inconstitucional emisión del Petro y la nueva reconversión monetaria, entre otros.

Son tiempos de regresión y primitivismo, de hemiplejía moral, frente al genocidio de las instituciones jurídicas de cada día, la trayectoria de excelencia en la obra intelectual y la intachable ejecutoria personal de Ruan Santos nos compromete e inspira en la lucha por restaurar la civilidad, el Estado de Derecho y los principios republicanos. Ese es el deber constituyente que tenemos todos los venezolanos en esta hora crítica, para proteger la Constitución y la Democracia, conforme a los artículos 33 y 350 del texto fundamental.

Para finalizar, en nombre de la ACPS solo me resta agradecer la invitación y la organización de este homenaje académico, para poder dar muestras colectivas y personales de nuestro respeto, de nuestra admiración y de nuestro afecto por un jurista de excepción: Gabriel Ruan Santos.

Enhorabuena Gabriel.

Señoras, señores, muchas gracias.

**PALABRAS DE LOS COORDINADORES
DEL HOMENAJE A CARGO
DEL ABOGADO JUAN CARLOS CASTILLO,
VICE-PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN
VENEZOLANA DE DERECHO TRIBUTARIO
(AVDT).**

Los Doctores Carlos Weffe y Gilberto Atencio en su carácter de coordinadores de este extraordinario libro homenaje al Dr. Gabriel Ruan Santos, tuvieron igualmente la responsabilidad de prologar esta recopilación de trabajos que honran al querido decano de la tributación. Muy a su pesar y el nuestro, ambos coordinadores y prologuistas se encuentra fuera del país. Sin embargo, han dejado su entrañable presencia y espíritu en este hermoso prólogo que tengo el honor de compartir con ustedes. El tiempo protocolar me ha obligado a hacer ajustes al texto original. Sin embargo, obra y prólogo merecen una serena lectura sin las cortapisas del tiempo. Agradezco a los prologuistas sus indulgencias.

Venezuela tiene una tradición legalista y civil no siempre conocida, que es parte esencial de su acervo cultural y de su legado histórico. Para «descubrirla», el ilustre abogado e historiador Tomás POLANCO ALCÁNTARA, propone una metodología para conocer «lo afirmativo venezolano», a través del análisis y la divulgación de la obra de «*figuras irreprochables*».

La aproximación a lo afirmativo venezolano descrita por POLANCO ALCÁNTARA a través del estudio de la obra de «*figuras irreprochables*», es *compromiso* para instituciones que, como la AVDT, dedican su diario quehacer al cultivo de la civilidad, desde el estudio del tributo como fenómeno jurídico.

La Asociación cumple con tan gratos deberes al aproximarse, desde una perspectiva *analítica y crítica*, a la obra de uno de sus más egregios asociados, quien ha dedicado su carrera docente, académica y profesional a *practicar* –y con ello, dar ejemplo a quienes le seguimos– de las bondades que, en palabras de su predecesor en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, «*valorizan la vida nacional*»

En este sentido, cumpliendo con el encargo que honrosamente nos encomendase el Consejo Directivo, los coordinadores propusimos algunas líneas básicas:

Primero, que siendo el *Liber Amicorum: Homenaje a Gabriel Ruan Santos* la expresión colectiva del reconocimiento de la AVDT, era evidente que la composición del trabajo debía promover la participación de la *mayor cantidad posible* de agremiados, en reivindicación de la *apertura académica* y de la *profunda impronta institucional* que RUAN SANTOS le imprimió a la Asociación.

Segundo, el *perfil* de los autores de este libro homenaje debía ser el que, en un contexto similar, describió uno de los autores de este libro, César GARCÍA NOVOA: “*existe una regla no escrita según la cual en estas obras realizan sus aportaciones los discípulos directos del homenajeado y, en segundo lugar, aquellos que por razón de edad, amistad especial o proximidad profesional, son invitados a participar en el homenaje*”.

Estos criterios han sido aquí seguidos.

Tercero, y he aquí la «novedad», si así puede llamársele, del texto que el amable lector tiene ahora en sus manos: antes que una mera compilación de trabajos *de todo tipo*, sin relación necesaria con el quehacer docente, académico y profesional del homenajeado, constituyen un coloquio *con el autor* sobre su obra.

Esto es, nuestro *Liber Amicorum* estudia *analítica y críticamente* los temas a los que Gabriel RUAN SANTOS ha dedicado sus esfuerzos intelectuales, a través de un auténtico *colloquium*, un «diálogo», dividido *sistemáticamente* en tres grandes áreas, a saber: (i) Derecho Tributario; (ii) Derecho Administrativo; y (iii) Derecho Laboral.

En el *Derecho Constitucional Tributario*, Juan Cristóbal CARMONA BORJAS abre fuegos con el análisis sobre «El Tributo en la Constitución de 1999». A este *abreboca* le sigue el *coloquio* entre nuestro homenajeado y dos grandes juristas, uno español, el otro venezolano, sobre los aspectos generales de los principios de la tributación. El primero de ellos, César GARCÍA NOVOA analiza «La concepción actual de los principios tributarios», diálogo en el que tercia el profesor Allan Randolph BREWER-CARÍAS, quien nos habla «Sobre el proceso de elaboración de las normas relativas al sistema tributario en la Constitución de 1999». Seguidamente, el *coloquio* es entre RUAN SANTOS y José Rafael BELISARIO RINCÓN quien escribe sobre: «La grave crisis del principio de legalidad tributaria en Venezuela». Por otra parte, Betty ANDRADE RODRÍGUEZ

conversa con RUAN SANTOS sobre la «Prohibición de confiscatoriedad y tributos».

En el *Derecho Tributario Sustantivo*, Luciano LUPINI BIANCHI y María Cristina JIMÉNEZ «dialogan» sobre las «Patologías en la evolución de la compensación como medio de extinción de la obligación tributaria».

En el *Derecho Tributario Especial* se presenta la interesantísima discusión que RUAN SANTOS y Humberto ROMERO-MUCI, tienen sobre «La deducibilidad de las provisiones por riesgo de crédito bancario de la base imponible del impuesto sobre la renta». En la discusión tercia Juan Carlos CASTILLO CARVAJAL, con un «Elogio al antidogmatismo tributario. (Comentarios a la deducibilidad de las provisiones contables relativas a los riesgos de la cartera de crédito de los bancos)».

Por su parte, en el *impuesto inmobiliario urbano* las reflexiones de Gabriel RUAN SANTOS constituyen una referencia *clásica* dentro de nuestra doctrina. En este contexto, Leonardo PALACIOS MÁRQUEZ emprende la tarea de estudiar «La fiscalidad inmobiliaria urbana en la obra del profesor Ruan Santos».

La *parafiscalidad* ha ocupado parte importante de las tareas intelectuales de Gabriel RUAN SANTOS en los últimos años. En un esfuerzo sistemático un conjunto de reputados autores asumen la tarea examinar la obra de RUAN en esta materia.

En primer lugar, Gilberto ATENCIO VALLADARES propone un trabajo titulado «Exacciones Parafiscales: Parte General. Diálogo con Gabriel Ruan Santos». Karla D'VIVO YUSTI estudia las «Exacciones parafiscales en la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación»; Andrés HALVORSSSEN VILLEGAS analiza «Las exacciones parafiscales previstas en la legislación sobre drogas, en la obra de Gabriel Ruan Santos»; María Carolina CANO e Ingrid GARCÍA PACHECO, ambas compañeras de lides profesionales de RUAN SANTOS, escriben sobre «Los casos del aporte obligatorio creado por la Ley del Régimen Prestacional para la Vivienda y Hábitat y de la contribución especial prevista en la Ley Orgánica de Drogas»; Eduardo MEIER GARCÍA desmenuza la relación –inexistente– entre «Racionalidad y parafiscalidad en Venezuela. Finalmente, Xabier ESCALANTE comparte con nosotros sus «Comentarios recopilados sobre la contribución parafiscal contenida en la Ley de Pesca y Acuicultura».

En el *Derecho Tributario Adjetivo*, en lo relativo a la *determinación tributaria*, se verifican tres «diálogos» de provecho. El primero, a cargo de Serviliano ABACHE CARVAJAL sobre «La función de determinación. Dialogando con Gabriel Ruan Santos». Seguidamente, Elvira DUPOUY MENDOZA escribe sus «Comentarios en materia de traspasos de pérdidas fiscales, inspección de ejercicios prescritos y determinación de oficio del tributo. Algunas consideraciones»; y Manuel ITURBE ALARCÓN, tercia en un debate en el que RUAN SANTOS ha sido pionero «La presunción de legitimidad de las actas fiscales».

Finalmente, para dar cierre al área del *Derecho Tributario* en lo relativo al *contencioso tributario* Alberto BLANCO-URIBE QUINTERO de la mano de su antiguo profesor, compañero de lides profesionales y buen amigo, presenta el trabajo «El recurso contencioso tributario, en las líneas del Prof. Gabriel Ruan Santos». Luego, Elina POU RUAN «dialoga» con su tío sobre «El amparo tributario en Venezuela», y Juan KORODY TAGLIAFERRO «conversa» con RUAN SANTOS sobre el tema que este último escogió para su incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: «Medios alternativos de resolución de controversias fiscales: comentarios a los trabajos del Dr. Gabriel Ruan Santos: ‘Visión crítica sobre la transacción y el arbitraje en el Derecho Tributario. Hacia los acuerdos procedimentales’ y ‘El arbitraje tributario’».

Si bien la obra de Gabriel RUAN SANTOS ha tenido una mayor proyección sobre el Derecho Tributario, al punto que él mismo se *autocalifica* como *tributarista*, RUAN SANTOS no se ha dedicado únicamente al estudio de los aspectos jurídicos del fenómeno financiero, sino que nuestro homenajeado ha dedicado *concienzudos* y *valiosos* estudios al Derecho Administrativo.

En materia del *Derecho Administrativo Sustantivo* José Amando MEJÍA BETANCOURT, analiza «La motivación de los actos administrativos». José Ignacio HERNÁNDEZ expone sobre «La actividad administrativa: del Derecho Administrativo Estatal al Derecho Administrativo centrado en el ciudadano». Por su parte, en materia de organización administrativa el maestro José ARAUJO JUÁREZ ensaya, a propósito de las ideas que sobre el tema desarrolló RUAN SANTOS hace algún tiempo, inspirado en el Derecho italiano, una «Aproximación al estudio de los

entes públicos de gestión. La potestad de dirección y el correlativo acto administrativo de dirección». En lo atinente a la contratación pública, Henrique IRIBARREN MONTEVERDE analiza «Los contratos administrativos y las condiciones generales de contratación en el pensamiento de Gabriel Ruan Santos»; Rafael BADELL MADRID, *dialoga* con RUAN SANTOS sobre «La responsabilidad del Estado en Venezuela», y en el mismo orden de ideas Carlos GARCÍA SOTO presenta un trabajo titulado «Notas sobre los efectos en el tiempo de las sentencias que declaran la nulidad de normas legales».

En el *Derecho Administrativo Adjetivo*, María Amparo GRAU conversa con nuestro homenajeado sobre «La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos»; y Luis Alfonso HERRERA ORELLANA analiza las implicancias de la «Transacción y Derecho Público en la obra de Gabriel Ruan Santos»

Vinculado a la incursión de Ruan Santos en materia del Derecho del Trabajo, César CARBALLO MENA dialoga con aquél sobre las «Atribuciones de la Administración del Trabajo en el ámbito de la reunión normativa laboral».

Es tradición, *desafortunada*, el pensar que los homenajes a la trayectoria docente, profesional y académica de las personas ilustres deben rendirse en el *ocaso* de ese recorrido, cuando ya no se espera del hombre eminente, *nuevos* aportes a la sociedad, o en sintonía con su tiempo.

Nada más lejos de la *real* significación de un auténtico, y sentido, *homenaje*. Nada más divorciado del genuino significado de *este reconocimiento*. Aquí se distingue, por supuesto, la trayectoria de un hombre *egregio*, que con su obra *pasada* ha servido, como ya se ha dicho, de *arquetipo de sabiduría, amplitud y generosidad* para la construcción entre nosotros, en el entorno académico e institucional de la AVDT, de *civilidad*. Pero sobre todo, el *libro* celebra la *vigencia* y la *actualidad* del pensamiento y de la obra de quien, como EINSTEIN, nunca ha dejado de hacerse preguntas, ni ha parado mientes en llevar a cabo los esfuerzos intelectuales necesarios para obtener las respuestas, *con visión -y vocación- de futuro*. Así, el mejor testimonio de la *actualidad del pensamiento* de Gabriel RUAN SANTOS se halla al *final* del libro, bajo

la forma de un *Epílogo*, en donde Gabriel RUAN SANTOS *participa* del homenaje, y comparte con nosotros las reflexiones que, en los últimos tiempos, han ocupado su capacidad investigadora.

Este *Liber Amicorum* es más que un reconocimiento al abogado, al académico, al docente, al investigador. Como lo señala su título, el libro es una *ofrenda a la amistad*.

Ello ha unido e inspirado al *equipo* que, con la vocación y a través del canal institucional de la AVDT, ha procurado hacer de esta obra, además de justa recompensa al mérito de Gabriel RUAN SANTOS, un testimonio de la admiración y el reconocimiento de las generaciones de tributaristas venezolanos, que nos hemos formado bajo la luz de su ejemplo y guía.

Por ello, Gabriel RUAN SANTOS es, para siempre, depositario de nuestro *respeto*, nuestra *gratitud* y nuestro *afecto*.

Al decano de la tributación en Venezuela, pido, un afectuoso aplauso.

**PALABRAS DE LA ABOGADA
INGRID GARCÍA PACHECO,
SOCIA DEL ESCRITORIO ARAQUEREYNA.**

PALABRAS DE SU SOCIA Y AMIGA INGRID GARCÍA PACHECO

Nuestro apreciado, admirado y querido Gabriel Ruan Santos, profesor, abogado en ejercicio, ex juez y, sobre todo, amigo y modelo a seguir. ¿Qué se puede decir de Gabriel Ruan Santos que no se haya dicho antes?

Destacado desde sus inicios con su mención Magna Cum Laude (1971) en el pregrado en la Universidad Central de Venezuela y en el postgrado en Derecho Comercial y Administrativo en la Università di Roma (1972). Fue auxiliar de investigaciones en el Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela, y realizó el Curso de Impuesto sobre la Renta de la Escuela de Ciencias Fiscales de la Fundación Román Cárdenas del Ministerio de Hacienda (1978).

Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Tributario en la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela y Universidad Metropolitana. Profesor de post-gradados en Derecho Tributario y en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, así como del post-grado de Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana. En esta etapa de su vida tuve el placer de tenerlo como profesor en el Post grado de Derecho Tributario en la Universidad Central de Venezuela, en la cual, los cursantes recibimos excelentes bases del Procedimiento Contencioso Tributario, materia en cuya trayectoria profesional el profesor Ruan Santos ha sentado doctrina emblemática, ya sea como parte de la Administración Tributaria o como defensor de los contribuyentes dependiendo de la etapa de su vida en la que se encontrara.

Desde la perspectiva de la Administración, su legado fue dejado como Juez Asociado y Conjuez en procesos contenciosos tributarios y

contenciosos administrativos. Asimismo, como Abogado auxiliar, adjunto y Director de la Procuraduría General de la República (1973-1978).

En todo momento, integro, y amante de su desempeño profesional, transmitiendo a sus discípulos de la Administración los pilares de excelencia y probidad y respeto por el Erario Público, en momentos de gran bonanza económica de nuestra Venezuela. Recordado así por alguno de ellos que trabajó como su pasante en la Procuraduría General de la República el abogado Emilio Pittier Octavio en su tiempo, que tenían expresas instrucciones de utilizar con el máximo provecho los recursos de trabajo asignados, papel por ambas caras, y los lápices hasta que no pudieran sacársele más punta.

Fue Vicepresidente del Colegio de Abogados del Distrito Capital durante los años 1990 y 1991.

Sus antiguos socios de la firma Mathison, Lupini, Ruan & Asociados (1981-2004), lo recuerdan con gran aprecio, por su capacidad innegable de ingenio y facilitador del trabajo en equipo, lo que los caracterizó como un equipo que permitía la “fungibilidad” entre sus socios, por identidad de propósitos e intereses.

En esta etapa, se destacó como litigante, y en donde, gracias a su sólida formación de jurista, y a su extraordinaria capacidad de análisis reflexivo y exhaustivo, escribió buena parte, de los artículos que hoy están incluidos en el *Liber Amicorum*.

Las características comentadas lo condujeron al ejercicio más refinado del litigio, en el que privó la disciplina, la suficiencia y perfecto acabado de los escritos recursivos, el cuidado extremo del expediente administrativo, la rigurosa actividad probatoria respecto de los alegatos de defensa, y su interés en estudiar los aspectos técnicos involucrados para llevarlos al proceso a través de testigos expertos con el propósito de ilustrar a los jueces.

En su etapa profesional como socio de la firma ARAQUEREYNA, desde 2004 ha mantenido una impecable trayectoria en el ejercicio profesional del Derecho venezolano. Se integró estupendamente al equipo multidisciplinario de la firma, pasando de una firma boutique a una estructura institucional más compleja, asumiendo los retos de la tecnología, lo recuerdo como si fuera ayer que tomaba clases de computación

para el mejor manejo de las herramientas tecnológicas de nueva tendencia. Gabriel Ruan Santos forma parte fundamental del Área de Derecho Tributario complementando el grupo societario, conjuntamente con María Carolina Cano y quien les habla. Una vez más, su capacidad de adaptación desarrollada en el transcurso de su vida profesional se pone de manifiesto, con el equipo de la especialidad y con el trabajo en conjunto de las diferentes áreas, todos los miembros de la firma tenemos el honroso placer de coexistir fabulosamente con Gabriel, en esta etapa plena de su vida, donde aplica plenamente toda su sabiduría y practica en litigio y consultoría en materia tributaria.

Asimismo, me comentaban su sobrina y discípula Elina Pou Ruan y María Cristina Jiménez, opinión que comparto plenamente, que no debemos pasar por alto que durante sus etapas en la administración pública, y ejercicio profesional privado, ha realizado una extraordinaria labor de formación de muchos profesionales destacados en el área tributaria, no sólo la de quienes tuvieron el privilegio de trabajar con él, sino la de muchos otros en las aulas universitarias, motivándolos siempre al estudio profundo de la doctrina nacional y extranjera, y a la preponderancia de los principios constitucionales que conforman la tributación.

Académicamente, fue representante venezolano por ante el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Presidente del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT), oportunidad en la cual tuve la oportunidad de participar activamente en Comités de trabajo para una propuesta para la reforma del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Es miembro de la lista de árbitros del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA y del Centro de Arbitraje Comercial de la Cámara de Comercio de Caracas (Asociada a la ICC)).

En otra faceta muy especial, ha cultivado su pasión por la historia habiendo efectuado el diplomado en Historia Contemporánea de Venezuela. Y es autor de una obra de este tenor titulada Abel Santos y su tiempo, donde se destaca la época del Gomecismo, dejando su relato sobre el personaje tachirenses con una personalidad intelectual y política paradójica.

Siendo autor de más de 30 publicaciones jurídicas desde 1973, fue incorporado en 2004 como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, con la elaboración de su trabajo titulado: *Visión Crítica de la Transacción y del Arbitraje en el Derecho Tributario*. Desde el año 2017 ejerce el cargo de Presidente de esta honorable Academia. Asistió ese año a la reunión de Academias Iberoamericanas, celebrada en Madrid, España, y ha sido designado Relator General del X Congreso de las Academias Iberoamericanas que se celebrará en Madrid, en noviembre de este año.

No puede faltar antes de terminar, destacar sus cualidades como esposo de una maravillosa mujer Vilma Torres, con quien ha formado un hogar ejemplar, como padre de Valeria y Simón, y abuelo de Sofía y Martina, sus debilidades.

Por todas sus virtudes, fortalezas y atributivos profesionales y personales han motivado a los coordinadores de la obra, a la Junta Directiva de la Asociación de Derecho Tributario, a su presidente Leonardo Palacios Márquez, a los socios de la firma ARAQUEREYNA y a todos los profesores colaboradores de este Libro Homenaje a Gabriel Ruan Santos incluyendo a los académicos Allan Brewer-Carías, Luciano Lupini Bianchi, Humberto Romero Muci, Henrique Iribarren M. y César Carballo Mena, dar su aporte con todo el afecto, para que de alguna manera retribuir a su persona el legado que nos deja cada día de su vida. Mil gracias...

**PALABRAS DEL PROF.
GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Dar respuesta a este libro homenaje llamado *Liber Amicorum*, porque no es mi obra sino la obra colectiva de una buena representación de mis colegas especialistas en el Derecho Tributario y en el Derecho Administrativo, incluido un reputado laboralista, es para mí una tarea difícil porque excede el campo de la razón e invade con fuerza el campo de la emoción y del sentimiento, con el recuerdo de toda una vida docente, profesional y académica. Sinceramente, me siento sobrepasado en mis expectativas ante la bondad de mis colegas, aunque ellas correspondan con el esfuerzo generoso que siempre tuve para con ellos de transmitirles el escaso conocimiento alcanzado y más que éste, la reflexión sobre la experiencia en el mundo del derecho. Humildemente, acepto el calificativo de “decano” que me han atribuido, aunque esté más asociado con la vejez que con la sabiduría.

Unas breves palabras escritas para evitar el bloqueo emocional y poder agradecer a todos su contribución a esta obra y al espacio que me han dado en sus corazones.

En primer lugar, un profundo agradecimiento a la directiva y a los miembros de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, organizadores y patrocinadores principales de esta obra plural que hoy se presenta. Todos los tributaristas más jóvenes que yo me han oído hablar de la “Generación AVDT” para significar no sólo nuestra comunidad profesional y científica, sino el medio o más bien la matriz de nuestra formación doctrinal. Los fundadores de nuestra Asociación, veteranos funcionarios y abogados, llegaron a la AVDT ya formados, pero los que ingresamos a ella a partir de los años ochenta del pasado siglo y tanto más los jóvenes que cada día nos acompañan, saben que la AVDT ha sido nuestra escuela y el semillero de espléndidas carreras, en su seno hemos aprendido el derecho tributario y hemos desarrollado toda una doctrina nacional reflejada en múltiples obras individuales y colectivas,

que son admiradas en Venezuela y en el exterior. Mil gracias entonces a la “Generación AVDT”.

Un especial agradecimiento a los promotores y coordinadores de este libro de los amigos, a Leonardo Palacios, a Carlos Weffe, a Gilberto Atencio, a Serviliano Abache, a Salvador Sánchez, a Humberto Romero-Muci y sobre todo a mi amiga Ingrid García. A ellos mil gracias por los obstáculos que tuvieron que superar para publicar este libro y dar satisfacción a todos los colaboradores de la obra.

Mi agradecimiento para los treinta y tres colaboradores, que han escrito excelentes trabajos para comentar los míos y agregar mucho valor a los que yo hice. Y mis disculpas a quienes no pudieron participar. Ellos han dado a los temas una proyección mucho mayor de la que yo -modestamente- pude dar. Al mismo tiempo agradezco y destaco su infinita paciencia por la espera para conseguir los recursos económicos que permitieran la publicación en este angustioso contexto de hiperinflación. Los trabajos recogen una amplia experiencia en derecho tributario y en derecho administrativo y rememoran la participación de la AVDT en coyunturas críticas, como fue la Asamblea Nacional Constituyente de 1999.

Mi agradecimiento a mis socios y compañeros de la firma Araque-reyna, cuyo apoyo material y moral ha sido decisivo para la publicación y presentación de este libro de los amigos y también, para mi desempeño al frente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en estos tiempos de dificultades. Lo cual me permite recordar a mis antiguos socios de la firma Mathison, Lupini, Ruan y Asociados, con quienes trabajé veinticuatro años y consolidé mi lugar en el Derecho Tributario.

Agradezco a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a su Junta Directiva, a sus individuos de número, a su personal administrativo, por haber apoyado este acto celebrado en su recinto, así como por todas las oportunidades de proyección académica que me han brindado desde hace catorce años.

Agradezco a todos mis amigos y colegas, que siempre me han manifestado su generosa admiración y respaldo personal, sin mezquindad, y a quienes debo gran parte de mis éxitos en la profesión. Y espero que no me abandonen.

Por último, pero no menos importante, mi infinito agradecimiento a mis padres y suegros ya fallecidos y a mi querida familia, o sea, mi esposa Vilma Torres de Ruan, mis hijos, mis hermanos, mis numerosos sobrinos, entre ellos varios abogados, mis primos, mi más honda y sincera gratitud por el amoroso apoyo que siempre me han dado, en todas las situaciones de mi vida, pero particularmente en el logro del éxito y la felicidad.

En fin, mil gracias a quienes me acompañan física o espiritualmente en este hermoso día.

Caracas, 15 de mayo de 2018.

**"ESTADO DUAL O ANÓMICO:
EFECTOS CORRUMPENTES. UN CASO,
UNA LECCIÓN: LA JUSTICIA PENAL
EN VENEZUELA BAJO EL ESTADO DUAL
Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO"
Y "GENOCIDIO Y OTROS CRÍMENES ATROCES"
AUTOR: FERNANDO M. FERNÁNDEZ.
30 DE MAYO DE 2018.**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Dentro de su programa de presentaciones de obras de relieve y valor en su ámbito de competencia, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales se complace en presentar hoy las dos últimas aportaciones a la doctrina jurídica del profesor Fernando Fernández, prestigioso penalista, las cuales llevan por títulos “Estado Dual o Anómico: efectos corruptivos” y “Genocidio y otros Crímenes Atroces”, respectivamente. Ambos libros referidos a temas de palpitante actualidad internacional y especialmente en Venezuela, donde se plantean como duras denuncias de violación de los derechos humanos de la población venezolana. Con mayor razón, si pensamos en el reciente informe del panel de expertos independientes designados por el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, sobre la comisión de delitos de lesa humanidad en Venezuela.

La primera de las obras mencionadas, referida al “Estado Dual”, ha sido objeto difuso de numerosos pronunciamientos de esta Academia, referentes al rechazo de la violación sistemática de la Constitución por parte del Poder Ejecutivo, de la Sala Constitucional, de la sedicente Asamblea Nacional Constituyente y de los cuerpos armados, que ha dado lugar a la conformación perniciosa de un “ordenamiento constitucional paralelo” y a la práctica desaparición del Estado Derecho.

Fernández define el “Estado Dual” como “la coexistencia conflictiva de dos modelos jurídicos antagónicos de Estado para regir en una misma República, en un mismo territorio y para una misma población” expresado en la existencia contemporánea de dos formas de Estado superponiéndose una sobre la otra, convirtiéndose la arbitrariedad en lo habitual y la corrupción en la norma. Con la aprobación de seis leyes habilitantes para que el Ejecutivo legislara sin límite, con la implantación del estado de excepción permanente, la interpretación deformante de la Constitución por parte de una ilegítima Sala Constitucional y

el desconocimiento de la Asamblea Nacional legítima, se ha impuesto lo que Fernández llama un “régimen decretacional” por oposición al “régimen constitucional” o “Estado Constitucional”. Este fenómeno ha afectado gravemente la forma republicana y democrática de gobierno, la universalidad de los derechos humanos (con desconocimiento craso de los derechos individuales y políticos), la legitimidad del poder, la subsistencia de las instituciones, la juridicidad de la acción del Estado, la seguridad jurídica y la división de poderes. Así como también, la soberanía y autodeterminación del pueblo y la convencionalidad o normativa internacional, en particular en lo relativo a los derechos humanos y a su protección. Tan destructiva ha sido esta afectación, que ha terminado por imponer un estado de anomia, o sea, de ausencia de ley y de normas, con predominio de las conductas delincuentes en la sociedad.

El “Estado Dual” viene acompañado del “derecho penal del enemigo”, por oposición al “derecho penal del ciudadano”, que hace desaparecer el delito común y las normas del debido proceso, desplazado por normas establecidas en decretos ley. Este tratamiento jurídico del enemigo, proveniente de los regímenes totalitarios, se aplica a los opositores al gobierno, con el argumento de que existe una “guerra económica”, justificación abstracta de todas las políticas económicas del Ejecutivo. Ejemplo del “derecho penal del enemigo” lo encuentra Fernández en la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo, aplicable discriminadamente a todas las personas jurídicas privadas, con exclusión de las personas jurídicas públicas. Esta concepción va de la mano con la promoción del odio de clases, puesto que la “guerra económica” está dirigida a la clase empresarial y a todo el que tenga espíritu de lucro en la actividad económica, quedando el enemigo como un muerto civil, sin derechos ni garantías, según la opinión de Fernández.

Particular interés suscita el tema de los “efectos corruptentes” del Estado Dual, a través de los llamados “decretos criminógenos”. A este respecto, cita Fernández al maestro penalista venezolano Tulio Chiossone, quien se refería a las “leyes criminógenas”, porque lejos de promover su cumplimiento provocaban su incumplimiento o eran la causa de la comisión de delitos. Según Fernández, “son leyes cuya estructura es errónea, confusa o absurda, porque prohíben conductas que no deberían

ser castigadas penalmente... suelen estar cargadas de ideología política o de prejuicios y dogmas económicos que no resultan ser soluciones prácticas para la sociedad ni para la economía”. A nuestro juicio, buen ejemplo de las leyes criminógenas, cuyo difícil cumplimiento conduce a la ilegalidad a los destinatarios de las normas es el régimen de control de cambios y en especial, la Ley de Ilícitos Cambiarios, que establece el monopolio estatal del comercio de divisas, sin que el Estado provea a los importadores de las que necesitan, obligándolos a recurrir al mercado paralelo ilegal y a hacerse blanco de sanciones desproporcionadas.

Por lo que respecta a la otra obra que presenta el profesor Fernando Fernández el día de hoy, bajo el título “Genocidio y otros Crímenes Atroces”, se trata de un manual completo de lo que es el genocidio, su alcance, su significado, su origen, sus antecedentes, su tipificación y régimen jurídico, los conceptos de democidio y politicidio, la normativa internacional, cómo se previene el genocidio y los elementos necesarios para la incorporación de la lucha en su contra dentro de la legislación local. El estudio incluye los delitos de lesa humanidad, como forma delictual atroz que ha sido distinguida internacionalmente del genocidio, como lo ha señalado recientemente un alto funcionario de departamento de estado de los EE.UU.

Interesa destacar el concepto internacional de genocidio que propone Fernández en su libro, para evitar las confusiones que usualmente se han planteado en los medios de prensa nacionales acerca de su efectiva ocurrencia: “Se trata de un crimen atroz de trascendencia internacional por el cual los autores intentan destruir total o parcialmente un grupo humano en razón de su raza, etnia, nacionalidad o religión, mediante matanzas, lesiones graves, y otras conductas dirigidas a exterminar el grupo como tal”. Este delito no debe ser confundido con los de “lesa humanidad”, aunque pueda haber coincidencia parcial entre ellos. Estos últimos son “los que se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Lo cual incluye asesinatos, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación con grave violación del derecho internacional, torturas, violación, prostitución forzada, esterilización forzada, persecución de un grupo con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionalistas, étnicos, culturales,

religiosos, u otros motivos universalmente reconocidos, como desapariciones forzadas de personas, apartheid, etcétera. El profesor Fernández abunda en información internacional sobre estos delitos y sobre todo sobre las reglas de procedimiento y prueba en instancias jurisdiccionales y promueve el concepto de jurisdicción universal, para ser incorporada en la legislación nacional y exhorta a la Asamblea Nacional a tomar la iniciativa legislativa.

Termino estas palabras felicitando al doctor Fernando Fernández por estos dos extraordinarios trabajos, fruto de largos años de investigación y de esfuerzo intelectual, que acercan a Venezuela al derecho penal internacional y al manejo de la jurisdicción internacional para juzgar a los responsables de los más graves crímenes contra el Estado de Derecho y contra el género humano. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales recomienda el estudio de estas obras como instrumentos eficaces para la reinstitucionalización de la democracia, del poder judicial y del respeto y protección de los derechos humanos en nuestro país.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, 30 de mayo de 2018.

**PALABRAS DE PRESENTACIÓN
DE LA OBRA A CARGO DEL
DR. ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

Unas breves palabras para presentar en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, dos trabajos del Dr. Fernando Fernández, sin duda, de plena actualidad, por los temas tratados y por el enfoque del autor.

Fernando Fernández es un destacado, perseverante y acucioso investigador, penalista de vocación que se ha dedicado con ahínco a temas de derecho penal sustantivo y procesal, en particular de derecho penal económico y de derecho penal internacional.

Hemos trabajado juntos en proyectos e iniciativas legislativas y, en particular, tengo el especial recuerdo por haber integrado la comisión técnica que él coordinó en los inicios del 2000 para la reforma del Código Penal, del COPP y del Código de Justicia Militar.

Los trabajos del COPP se reflejaron en efectivas modificaciones al texto original que se imponían por la Constitución de 1999, en el sistema acusatorio, hoy día en franco retroceso por las sucesivas reformas, en especial la de 2009 y sobre todo la del 2012; el trabajo de reforma del Código Penal se quedó en el papel y solo se copió la Exposición de Motivos en 2005; y las propuestas generadas sobre el Código Orgánico de Justicia Militar no concluyeron en nada, texto que tiene ya 79 años y está signado por el “tabú” castrense.

En el primer trabajo que hoy se presenta, sobre el Genocidio y otros Crímenes Atroces, Fernando Fernández estudia en propiedad este delito, en sus orígenes históricos, en los casos más horribles que han signado la vida de las naciones y vulnerado la conciencia universal; analiza el Estatuto de Roma y sus alcances; y, de manera particular, propone un código de Derecho Internacional que a su juicio haría plenamente efectiva la aplicación del Estatuto en aspectos sustantivos y procesales. Sus consideraciones sobre el democidio y, el perfil del genocida y, en especial, sobre los delitos de lesa humanidad, sin duda, constituyen aportaciones de importancia para los estudiosos de la materia.

En el otro ensayo que lleva como título “Estado Dual o Anómico: efectos corrumptentes” de letra pequeña, que sirve para ocupar un espacio grande de la tragedia venezolana, Fernando Fernández aborda un tema de indiscutible actualidad como es el de la justicia penal venezolana, termómetro o fiel reflejo del nivel democrático y del respeto a los derechos humanos de una sociedad, para plantear con toda crudeza la tragedia de su aplicación, no de un derecho penal de garantías, sino de un derecho penal del enemigo o de un derecho penal de guerra.

Vivimos en un estado anómico, con hiperinflación legislativa; exhibimos una Constitución que enuncia los derechos humanos y la separación de poderes, sin correspondencia alguna con la realidad; y carecemos de justicia, aunque mostramos una simple apariencia de esta. Las evidencias de este derecho penal del enemigo o de guerra, de esta contradicción entre la letra de la Constitución, permanentemente publicitada y los hechos, muestran el estado dual al cual hace referencia Fernando Fernández con prácticas que desconocen los derechos fundamentales, decisiones que solo afianzan el sedicente socialismo del Siglo XXI, en auténtica “dictadura judicial”, como dice Brewer Carías, y leyes, decretos del Ejecutivo o instrumentos de la denominada “constituyente”, al margen del Estado de Derecho, de un todo conformes, con un Derecho de Estado y convertidas sin más, en factores criminógenos.

Este derecho penal de guerra, en el plano sustantivo, toma forma y se expresa en el desconocimiento de los principios que sirven de base al derecho penal garantista, concretamente, por lo que respecta al principio de legalidad, vulnerado con normas penales de tipicidad abierta, con decretos del Ejecutivo que consagran delitos, o con el recurso a la analogía que considera traición a la patria cualquier actitud contra el régimen, llegando a sancionar el simple hecho de la amistad con supuestos conspiradores; al principio del hecho, sustituido por la peligrosidad, por las sospechas o por la expresión de pensamientos o mensajes críticos al poder; al principio de culpabilidad, desconocido y afirmada la responsabilidad objetiva por el hecho de ocupar un cargo directivo en una empresa privada o inclusive por la condición de simple apoderado judicial o defensor; o al principio de la pena humanitaria, relegado al olvido por los tratos crueles a los presos, a su familia y a los propios abogados.

Y por lo que respecta al derecho penal adjetivo, no hacen falta mayores aclaratorias para dejar en claro que la libertad en el proceso es una entelequia, que se priva de ella sin orden judicial y sin flagrancia y se mantiene en una cárcel a quien ha sido excarcelado; que la presunción de inocencia ha sido sustituida por la presunción de culpabilidad y la detención preventiva es la pena, bien sea aplicada en antros carcelarios o en la casa, sustituida por la presentación indefinida, la prohibición de salida del país y la inconstitucional medida de no declarar a los medios de comunicación social; que el derecho del juez natural ha sido desconocido y ciudadanos “civiles” sean juzgados por tribunales militares; y que entre otras cosas, las penas se aplican sin juicio oral y público, hoy sustituido por la admisión de los hechos, lo cual evidencia la paradoja de los “beneficios” de una condena ante la incertidumbre de un proceso que puede prolongarse sine die.

Todo este panorama de un derecho penal de guerra que mantiene en prisión o amenaza a todos los ciudadanos en el bien más preciado después de la vida, esto es, la libertad, guarda relación con el tema de este trabajo de Fernando Fernández, como reflexión para todos, en estos momentos aciagos de nuestra vida republicana.

Estas son, en síntesis, mis consideraciones sobre estas dos obras de Fernando Fernández que apuntalan el camino del estudio de la realidad penal venezolana.

¡Felicitaciones al autor, gracias a todos los asistentes a este acto!

Caracas, 30 de mayo de 2018.

**“GUÍA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO” .
AUTOR: DRA. MARÍA LUISA TOSTA.
(EDITORIAL GALIPÁN Y LA PROMOCIÓN
DE ABOGADOS 2018 DE LA UNIVERSIDAD
CENTRAL DE VENEZUELA).
18 DE OCTUBRE DE 2018**

**APERTURA DEL ACTO A CARGO
DEL ACADÉMICO GABRIEL RUAN SANTOS,
PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Hoy es un día de Júbilo para nuestra Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pues se presenta una obra de gran valor, escrita por una venezolana de aquilatada y densa cultura, poseedora de una reconocida trayectoria docente y académica, amada por sus estudiantes y admirada por sus colegas, pero sobre todo respetada por la solidez de sus posiciones intelectuales.

Conocí a la profesora **María Luisa Tosta** y a su hermana **Alida** en los lejanos días de mis estudios universitarios en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, en la segunda parte de la década de los años sesenta del siglo XX. Ambas eran personas de mucho talento, entusiastas del conocimiento y de la vida académica, las cuales suscitaban en mí la admiración y amistad que sentían los estudiantes de esa época frente a ellas.

En esta ocasión, confirma nuestra admiración por la profesora María Luisa Tosta la presentación de su obra más reciente: *Guía de Filosofía del Derecho*. Con este sencillo título ella nos ofrece el generoso aporte de su sabiduría filosófica, fruto no sólo de toda una vida dedicada al estudio, sino también de su rica experiencia docente y de su interacción con los estudiantes. Con un lenguaje dotado de penetrante y pedagógica claridad expone los más densos conceptos, las más elaboradas doctrinas, la evolución del pensamiento jurídico, pero sobre todo nos convence de la utilidad de la filosofía del derecho para la creación, interpretación y aplicación eficiente y justa de las normas jurídicas. Con respecto a esto último nos dice la profesora Tosta: “Si sólo se tienen conocimientos *parciales* del Derecho, cualquier transformación se hará sin discutir las ideas *centrales* del sistema, que son las que no suele manejar el especialista. Y se terminará copiando la legislación extranjera, convenga o no a una sociedad determinada. Para que el Derecho pueda progresar hay que entenderlo en su perspectiva histórica, hay que

conocer cómo unas ideas jurídicas se vinculan con un marco histórico-social particular. Y eso no se aprende al estudiar las distintas especialidades del Derecho, sino cuando se estudia filosofía del Derecho”. Nos recuerda la autora cómo los abogados, sin saberlo, solemos entremezclar conceptos derivados de las distintas tendencias filosóficas con el mayor desparpajo, porque se ignoran los presupuestos filosóficos de las normas. Por ello recomienda: “Estudiar un poco de filosofía del Derecho es indispensable a cualquier abogado, para tener coherencia y rigor en sus exposiciones”.

Otra característica de la obra que se presenta, que enciende mi curiosidad, es que la autora no se limita a enseñar la filosofía del derecho, sino que plantea valientes cuestiones y desafíos a la ciencia jurídica. Para ella es preferible hablar de “estudios normativos de Derecho”, porque “el Derecho no tiene carácter científico”, aunque tenga inspiración filosófica y social. Afirma que “Las normas jurídicas son creencias de una colectividad”, que se erigen como preceptos y que el abogado debe interpretar y aplicar. Se trata de una perspectiva dogmática y metafísica y no empírica del saber. En cambio, reconoce carácter científico a la sociología del derecho, porque analiza al derecho como fenómeno, para explicar sus relaciones con otros fenómenos sociales. Siendo importantes ambas perspectivas: la dogmática y la científica.

Esta interesante posición de la profesora Tosta nos recuerda un cuestionamiento similar a la ciencias políticas y sociales a comienzos del siglo XX, al cual respondía el jurista y filósofo José Gil Fortoul, artífice principal en la creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, con ocasión de su discurso de orden en el acto solemne de instalación de esta Academia, el 19 de abril de 1917. Decía Gil Fortoul: “Pretendemos ser hombres de ciencia e intentamos colaborar en el progreso de las ciencias políticas y sociales... si en este culto auditorio hubiere –habrá indudablemente- un filósofo escéptico, que desde su foro interno deseara preguntar con qué fundamento calificamos tan categóricamente de ciencias a la sociología y a la política, fácil será y espontánea nuestra académica respuesta. Admitamos la menos pretenciosa de cuantas definiciones de la ciencia corren en el lenguaje filosófico; y digamos que es un sistema de conocimientos más o menos exactos y con hipótesis y conjeturas más o menos plausibles. Aun así, la política y la

sociología tienen el derecho a calificarse de ciencias, igual derecho que todas las demás, sin exceptuar las llamadas exactas, cuyos conceptos y cuyas leyes no son también otra cosa sino la manera provisoria o convencional con que la inteligencia humana sistematiza los movibles e infinitamente complicados aspectos de la realidad. Y el objeto de todas las ciencias es el mismo; acrecentar el dominio de todos los hombres sobre las fuerzas naturales, para ponerlas al servicio de sus necesidades, de su vida mejor, de su actividad orgánica e ideal. Pero aun así –podrá replicar el contradictor escéptico- vosotros, a diferencia del matemático, del astrónomo, del químico, que caminan sobre evidentes realidades, vais caminando por entre simples abstracciones: el derecho, la ley, la libertad, la justicia, ideas e ideales, que suelen cambiar de forma como las nubes y variar de rumbo como el viento. ¿Abstracciones? En verdad no es posible definir su esencia; pero tampoco es posible decir qué son en sí, el número, el espacio o el tiempo, o la acción de unas moléculas sobre otras, o la circulación de un astro en el cielo sin fronteras, en el éter sin concebibles límites”.

De esta manera, rememorando los inicios de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales y sin pretensiones polémicas, intento sembrar interés sobre la excelente obra que se hoy se presenta, la cual representa un avance en el desarrollo del conocimiento jurídico en Venezuela. En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales felicito con sinceridad y afecto a la autora y a su editor.

Caracas, 18 de octubre de 2018.

**PALABRAS DEL DR. ALBERTO ARTEAGA,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

A la profesora María Luisa Tosta, ejemplo de dignidad universitaria

Con verdadera emoción y sentimiento he querido participar en este homenaje a la profesora María Luisa Tosta, amiga, consultora académica y ejemplo de mujer que ha dedicado su vida con pasión y sabiduría al quehacer universitario.

Hemos compartido muchos años en nuestra querida facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y no exagero en lo más mínimo, ni son expresiones producto del afecto, si la califico como ejemplo de rectitud, dedicación verdaderamente exclusiva a la Universidad e insigne investigadora y docente que merece sobradamente el reconocimiento que hoy le rinde esta Academia.

Tengo constancia de lo que afirmo no solo por haber leído sus trabajos en la encomienda como jurado, lección para el aprendizaje y la reflexión en la disciplina formadora por excelencia de la filosofía del derecho orientación para su estudio que se concreta en la guía que hoy se presenta, reflejo del conocimiento, del trabajo y de la experiencia acumulada por el maestro que pone toda sus capacidades e inteligencia al servicio de la enseñanza.

Pero en particular quiero dar fe en mis palabras de la rectitud de María Luisa y del compromiso con sus principios y con la Universidad, al margen de intereses personales.

Me correspondió ser decano de la Facultad en tiempos que han sido siempre difíciles para la institución y en la solución de problemas universitarios complejos y de intereses contrapuestos en los que se tiende a dejar que el tiempo y el diferimiento echen al olvido el problema planteado. María Luisa Tosta era siempre la persona indicada para coordinar una comisión con el cometido de resolver conforme al derecho, la equidad y el rigor académico el asunto, con propuestas viables y

ajustadas a las exigencias de la normativa universitaria, sin ceder a presión alguna.

Y no puedo dejar de anotar su celo por la selección académica de los candidatos a su cátedra solo guiada por criterios de méritos y conocimientos acreditados, alejada su responsabilidad de compromisos ajenos a la institución.

Es necesario asimismo reconocer que María Luisa Tosta es un ejemplo de docente e investigadora al servicio exclusivo de la universidad, formada al calor de las enseñanzas y el ejemplo de hombres insignes como el padre Luis María Olaso y con el esfuerzo y constancia personales que solo son capaces de contribuir a una verdadera casa de formación de hombres de leyes al servicio de la justicia.

Las reflexiones y pensamientos de María Luisa Tosta hoy más que nunca tienen plena vigencia y, en nuestros días, en el desconcierto de la tarea que corresponde a los denominados juristas, es necesario recordar sus sabías advertencias de que a la hora de ubicar el quehacer de estos no puede suponerse que se mueva en el plano de la lógica como creen algunos, lo que insinúa la teoría pura del derecho, ni se trata de un conocimiento científico sobre un objeto empírico por lo que no es posible pensar en el derecho como hecho, ni resta la posibilidad de hablar del arte del derecho o del derecho como técnica. Según ella también lo afirma, solo puede considerarse el derecho como un objeto moral en sentido amplio que tiene que ver con el orden en la sociedad, con la sensatez y la mesura en las relaciones humanas, con la paz y la solidaridad entre los pueblos. En sus propias palabras “El jurista no intenta describir la realidad, sino que procura, cuando es juez que los conflictos de los hombres se resuelvan del mejor modo posible. Para ello debe emplear todo su sentido común, porque la aplicación del Derecho, como dice Kelsen, no es problema de conocimiento sino un acto de voluntad. Cuando es magistrado de un tribunal supremo debe solucionar, incluso, conflictos entre los poderes públicos, y apelar toda su sensatez, porque las respuestas no suelen encontrarse claramente en las leyes y porque, por encima de todo, la tranquilidad de la sociedad puede depender de su ponderación. Si es abogado en ejercicio, asesor, funcionario, tratará de resolver problemas con un consejo apropiado o una opinión convincente y eficaz, en armonía con las leyes.

Para que la vida sea, al menos, medianamente civilizada, el Derecho no puede orientarse a comprender o explicar lo que sucede, a sugerir determinadas acciones; es necesario que imponga ciertos patrones de conducta, bajo amenaza de castigo, y ayudado con una retórica convincente, para lograr su finalidad.

El estudio del Derecho no es, pues, ni ciencia, ni lógica, ni técnica; el Derecho, como dijo Aristóteles, es prudencia para vivir” (Cita de su obra **El Derecho como Prudencia**, Vadell Hnos. Caracas, 2003).

Señores: La Academia de Ciencias Políticas y Sociales se enaltece con este acto de reconocimiento a una insigne jurista; la universidad se honra con el homenaje a una docente ejemplar; y los estudiantes y amigos de María Luisa nos sentimos plenos de satisfacción por este acto de justicia.

Quiero concluir estas palabras, con la familiaridad, el afecto y el cariño a María Luisa del compañero de trabajo, del alumno que aspira a seguir sus lecciones y de quien ha podido valorar el inmenso tesoro de la amistad de una mujer, ejemplo de la dignidad universitaria que hoy debe servirnos de guía en los momentos de crisis de valores que nos ha tocado vivir.

Caracas, 10 de Octubre de 2018.

**ENCUENTROS INTERNACIONALES
DE ACADEMIAS JURÍDICAS**

**II ENCUENTRO IBEROAMERICANO
DE ACADEMIAS DE CIENCIAS MORALES
Y POLÍTICAS:
"DESAFÍOS DE LA DEMOCRACIA
EN EL SIGLO XXI: FORTALEZAS Y RIESGOS
POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES,
CULTURALES E INTERNACIONALES",
CELEBRADO EN LA CIUDAD
DE BUENOS AIRES, ARGENTINA.
7 Y 8 DE JUNIO DE 2018.**

RUPTURA DEL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA 1999-2018 POR EL DR. RAFAEL BADELL MADRID*, INDIVIDUO DE NÚMERO DE LA CORPORACIÓN

SUMARIO

I. Introducción II. Inicio de la ruptura del Estado de derecho: Proceso constituyente de 1999 y legislación antidemocrática 1. Nueva Constitución 2. Nueva legislación 2.1. Poder legislativo 2.2 Delegación legislativa mediante leyes habilitantes (artículo 236.8 de la Constitución) 2.3 Delegación legislativa mediante legislación de emergencia (artículo 337 de la Constitución). La motivación desviada de la emergencia económica III. La ruptura del estado de derecho 1. Poder Ejecutivo: El líder mesiánico, Chávez. 1.1 Intensificación del centralismo político y administrativo 1.1.1 Militarización de la administración 1.1.2 Politización de la administración 1.2 Intervención del Estado en la economía 1.2.2 Violación al derecho de propiedad 1.3 Violaciones a la libertad 1.3.1 Uso de la justicia militar para perseguir la disidencia 1.3.2 Persecución política 1.4 Política de aislamiento internacional 2. Ruptura del Estado de derecho por la Asamblea Nacional 3. Dictadura judicial 3.1 Desconocimiento de los poderes de control político de la Asamblea Nacional 3.2 Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para legislar 3.3 Regulación del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional 3.4 Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para improbar los estados de excepción decretados por el presidente de la República 3.5 Inconstitucionalidad de la sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional 4. Ruptura del Estado de derecho por el Consejo Nacional Electoral 5. Ruptura del Estado de Derecho por el Poder Ciudadano 6. Ruptura del Estado de derecho con el proceso constituyente de 2017 IV. Palabras finales V. Bibliografía

* Doctor en Derecho. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello en Caracas. Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford durante el año académico 1998-1999. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford durante el año académico 2006-2007. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau 1986. Foreign Legal Consultant, admitido por el Florida State Bar.

I. INTRODUCCIÓN

Me da mucho gusto representar a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela en este Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas: “Desafíos de la Democracia en el siglo XXI: Fortalezas y riesgos políticos, económicos, sociales, culturales e internacionales”. Queremos unirnos a la celebración de los 80 años de la creación de esta prestigiosa Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina; ratificamos nuestros sentimientos de admiración, respeto y aprecio a la Sra. Presidenta Dra. Marita Carballo, al resto de los miembros de la Junta Directiva y a los señores Académicos que conforman esta Corporación.

Sabemos que los mayores enemigos de la democracia no son solo los externos, las dictaduras que la repudian, la degradan y la contrarían. No, en verdad el más peligroso de los adversarios de la democracia se gesta en su propio seno. Son quienes dicen vienen a mejorarla, a protegerla, a redimensionarla; vienen a rescatarla en favor del pueblo y, desde allí, acaban con ella.

Trataré de dar cuenta de cómo en Venezuela un grupo de militares golpistas, que no pudo hacerse del poder a través de la fuerza, porque los mecanismos de defensa del estado democrático funcionaron, lo hizo mediante los votos, ayudados por el discurso populista desmedido y de reivindicación social y cómo, luego, desde los mecanismos que otorga el propio estado de derecho, acabaron con él, lo aniquilaron para perpetuarse en el poder.

Fueron capaces de matar y atentar contra la población civil cuando trataron de tomar el poder a la fuerza y, ahora, ya en el poder, han sido capaces, ya reiteradamente lo han demostrado, de matar, torturar y realizar todo tipo de agravios contra la sociedad para permanecer en él.

Desde 1999, con la llegada de Hugo Chávez al poder, se ha producido en Venezuela el debilitamiento progresivo del estado de derecho y de la democracia. Cuando el discurso iba dirigido al rescate y fortalecimiento del estado de derecho, se desmontó paulatinamente y mutó a una dictadura, hoy censurada por casi toda la humanidad¹. Se ofreció una democracia directa, una democracia más justa, más eficaz. Se censuró la democracia representativa y se festejó la idea de construir un nuevo modelo de democracia participativa, lo cual supuso acabar con el régimen de partidos políticos.

El objetivo militar era, sin duda, terminar con los 40 años de vida civil y democrática en Venezuela. Los 40 años más prósperos, pacíficos y de desarrollo social, político y económico que ha tenido Venezuela en todo el siglo XX. Ese mismo había sido el objetivo del fallido intento de golpe de estado, liderado por el teniente coronel Hugo Chávez Frías la madrugada del 4 de febrero de 1992.

Ya en el poder, desde el 2 de febrero de 1999, la primera misión fue dibujar una nueva historia, una nueva República. Para ello se ha pretendido acomodar la historia y borrar y confundir el pensamiento.

Se vino a imponer un gobierno militar y a someter a los civiles, con la consigna de que se representa a Bolívar y su ideario. Hugo Chávez se presenta como continuador de la gesta de la libertad de Bolívar. Se hace uso interesado y distorsionado de la historia y del pensamiento de Bolívar y otros próceres de la independencia².

Se bautizó la revolución con el nombre del libertador y se cambió el nombre del País: República Bolivariana de Venezuela. Se exacerbó el culto a Bolívar. Se usa la historia como propaganda política a modo de

¹ ROMERO-MUCI, Humberto. “Desinstitucionalización y desigualdad desde el Estado: el caso venezolano”. Ponencia de Humberto Romero-Muci, vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el I Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales, Políticas y Económicas, convocado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, realizado durante los días 16, 17 y 18 de octubre de 2017, bajo el título general “Democracia, Educación y Estado de Bienestar. Aporías y Alternativas Tras la Crisis, en la Doble Perspectiva Íbero-Americana”. Disponible en: www.acienpol.org.ve

² Un enjundioso estudio sobre el uso de la historia y, en especial, del culto a Bolívar es el ofrecido por Inés Quintero Montiel, Directora de la Academia Nacional de la Historia, en su discurso de incorporación como Académica Corresponsal de la Academia Mexicana de la Historia, Correspondiente de la Real de Madrid. 06 de febrero 2018: “La Historia al servicio del poder: Venezuela de República a Bolivariana”.

legitimar el poder. “Se trata, por tanto, de aniquilar a la llamada Cuarta República, que nació sobre las cenizas del libertador y traicionó los ideales de la independencia, para erigir la verdadera República Bolivariana”³.

Para situar lo militar por encima de lo civil era necesario, en primer lugar, satanizar el Pacto de Punto Fijo, pacto de gobernabilidad y de convivencia civil para hacer frente común en la defensa del gobierno constitucional⁴. El acuerdo político que sirvió para la aplicación práctica de la división de poderes y alternabilidad política en su ejercicio, mediante el compromiso de los partidos políticos de adecuar su acción y responsabilidad a los principios de defensa de la constitucionalidad y del derecho a gobernar conforme al resultado electoral; gobierno de unidad nacional como instrumento de lucha contra la tiranía; de cooperación durante el proceso electoral y de colaboración durante el gobierno constitucional electo⁵.

³ QUINTERO, Inés, Ob. Cit. p.10.

⁴ El 31 de octubre de 1958, representantes de los partidos políticos Acción Democrática, Social Cristiano Copei y Unión Republicana Democrática, concertaron el denominado «Pacto de Punto Fijo», como un pacto de gobernabilidad y convivencia, para hacer frente común en la defensa del gobierno constitucional. El pacto de Punto Fijo encontró justificación en los sucesos que precedieron a la Constitución venezolana de 1961. En 1947 fue sancionada una nueva Constitución, bajo cuya vigencia fue electo presidente constitucional de Venezuela Rómulo Gallegos. No obstante, a menos de un año de haber asumido la presidencia, se produjo su derrocamiento, conformándose una Junta Militar de Gobierno. En 1952, se realizó un proceso eleccionario para la conformación de un Asamblea Constituyente a fin de crear una estructura institucional para el régimen. El 15 de abril de 1953, se puso el ejecútase al nuevo texto constitucional, en el que si bien se establecía que el Presidente de la República sería electo mediante votación directa y secreta, nunca se aplicó, pues para el primer período constitucional se incluyó una Disposición Transitoria conforme a la cual la Asamblea Constituyente elegiría por mayoría absoluta al Presidente de la República, lo que condujo a la ratificación de unos de los militares de la Junta, Marcos Pérez Jiménez.

Tras el derrocamiento de la dictadura de Pérez Jiménez el 23 de enero de 1958, el Pacto de Punto Fijo, se constituyó en el acuerdo político que sirvió para la aplicación práctica de la división de poderes y alternabilidad política en su ejercicio, mediante el compromiso de los partidos políticos de adecuar su acción y responsabilidad a los principios de defensa de la constitucionalidad del derecho a gobernar conforme al resultado electoral; gobierno de unidad nacional como instrumento de lucha contra la tiranía; de cooperación durante el proceso electoral y de colaboración durante el gobierno constitucional electo. Vid. BADELL MADRID, Rafael, “Crisis del Principio de la Separación de los Poderes en Venezuela”, Conferencia dictada en la Universidad de San Pablo-CEU de Madrid, en los V Cursos de Enero. España-Madrid 2003. Disponible en: <http://badellgrau.com/?pag=11>

⁵ Véase texto del “Pacto de Punto Fijo” en: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc22/22-10.pdf>

Consecuencia fundamental del Pacto de Punto Fijo fue la aprobación de la Constitución de 1961 y la sucesión ininterrumpida de 8 gobiernos democráticamente. La Constitución nacida del Pacto de Punto Fijo permitió por primera vez en la historia constitucional venezolana la sucesión ininterrumpida de presidentes en un lapso de casi 40 años, así como la posibilidad de que se juzgara a un presidente en funciones, se designara a un presidente interino y se pusiera en práctica el régimen de faltas absolutas en la presidencia, sin que se produjeran rupturas en el orden constitucional⁶.

La democracia quedó indefensa frente a sí misma, hasta convertirse en una auténtica y vergonzosa dictadura: dictadura con Constitución, pero con derechos civiles, sociales, económicos y políticos disminuidos, bloqueados y limitados; dictadura con separación de poderes, pero todos ellos secuestrados en un único pensamiento y propósito: mantenerse en el poder.

Dictadura con Asamblea Nacional, destinada, cuando la revolución tuvo la mayoría, a dictar leyes antidemocráticas, restrictiva de los derechos, y a ceder sus facultades de legislación al mesías, quien solo, sin deliberar ni consultar, tendría mejor criterio para hacer la ley.

Dictadura con Asamblea Nacional, cuando en manos de la oposición, bloqueada por la acción del gobierno y por el juez constitucional.

Dictadura con jueces constitucionales comprometidos políticamente y destinados solo a garantizar la permanencia del gobierno, pero sin estado de derecho.

⁶ No obstante, a partir de 1993, durante el segundo período constitucional de Caldera comenzaron a debilitarse las bases sobre las cuales se había fundado el Pacto de Punto Fijo: alianzas parlamentarias circunstanciales para la repartición de cargos en la Junta Directiva del Congreso, tensiones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo y el indulto a los militares que encabezaron intentos de golpe contra Carlos Andrés Pérez en su segundo período presidencial, terminarían por disgregar el acuerdo político llamado Pacto de Punto Fijo. Un año antes de que culminara el período constitucional de Caldera se desarrolló una tensa y agresiva campaña electoral, en la que resultó ganador Hugo Chávez Frías, quien capitalizó el proceso de resquebrajamiento interno de los partidos políticos tradicionales para reunir sectores que, hasta esa fecha, habían permanecido dispersados y llevar a cabo su proyecto político mediante la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. La satanización del Pacto de Punto Fijo por parte de Chávez provocó un rechazo general de la población hacia los partidos políticos que lo firmaron y la Constitución de 1961, señalada como causante de los vicios que aquejaban a la democracia venezolana. Vid. BADELL MADRID, Rafael, "Crisis del Principio de la Separación de los Poderes en Venezuela", Ob. cit.

Dictadura con Defensor del Pueblo y Fiscal General, pero con perseguidos políticos, torturados y asesinados por los órganos de seguridad del estado y por grupos para militares creados y sostenidos por el estado.

Dictadura con cuerpos de seguridad del estado dedicados en exclusividad a torturar, reprimir y perseguir la disidencia política, pero que toleran e incentivan la inseguridad personal: robos, secuestros, asesinatos, son política del estado para atemorizar y paralizar a la población.

Dictadura con Consejo Nacional Electoral, ahora de rango constitucional, y muchas elecciones, pero todas ellas manipuladas, llenas de delitos electorales, con ventajismo, inhabilitados políticos, en las que no se ha respetado la voluntad popular.

Dictadura con petróleo y otras inmensas riquezas, usadas como instrumento de dominación. Dictadura que ha conseguido, en ejecución de una delictiva política de estado, llevar a la población a la miseria y ha logrado disminuir el umbral de la felicidad del venezolano al mínimo deseo de satisfacer el hambre y la enfermedad.

Dictadura que rechaza el imperialismo, pero que ha endosado su destino y ha concesionado la conducción del País a intereses extranjeros.

Dictadura que encuentra su sello de calidad en Bolívar y se muestra como continuadora de su obra. Después de Bolívar, Hugo Chávez y sus revolucionarios.

El populismo sin medida del grupo gobernante aumentaba su popularidad y no había espacio para el disenso. El mesías preparaba un nuevo ordenamiento jurídico para salvar la democracia: “transformar el Estado”, para “consolidar el Estado de derecho” y crear una “base jurídica que permitiera la práctica de una democracia social y participativa”⁷.

De esta forma, el populismo, entendido como “*la construcción colectiva que se orienta hacia la hegemonía política de un líder carismático, reputado eterno (en sentido simbólico) e infalible, en quien se concentra todo o la mayor parte del poder del Estado*”⁸, fue impuesto

⁷ Gaceta Oficial Nro. 36.364 de fecha 2 de febrero de 1999.

⁸ Sobre el populismo y el Estado populista véase CASSAGNE, Juan C., “El estado populista”, Editorial B de F, Euros Editores, Monte Video - Uruguay, Buenos Aires - Argentina, 2017. P. 15.

en Venezuela por Hugo Chávez a través de la mal llamada “Revolución pacífica” que se enmascaró en formas aparentemente democráticas y que progresivamente radicó en el ejercicio de la violencia con el fin de mantenerse en el poder⁹.

Este populismo venezolano, siguiendo las raíces filosóficas del Estado populista latinoamericano -a su vez derivado de la modalidad de los regímenes europeos más totalitarios (comunismo, nazismo y fascismo)¹⁰-, se erigió para demoler los principios democráticos más elementales del Estado de derecho, cuales son: el principio de separación de poderes, la paz social, el respeto por las minorías, la limitación de los poderes, la independencia del poder judicial, la periodicidad de los mandatos electorales, las libertades personales, la igualdad, los derechos de propiedad y la libertad de prensa.

Cuando la conducción del movimiento populista radicalizado impuesto por Hugo Chávez asumió el poder, comenzó en Venezuela una nueva etapa política que buscó quebrantar el Estado de derecho al conculcar la estructura de separación de poderes y los derechos y garantías fundamentales que protegen las libertades de los venezolanos.

Como lo señala el profesor Cassagne en Argentina, *“El populismo es como una fiera al acecho que una vez que toma el poder lo devora y poco tiene para ofrecer al pueblo, salvo su propio exterminio. La fortaleza para tomar el poder y el patrimonio estatal se convierte en su mayor debilidad una vez que alcanza el objetivo axial que persigue y su raíz marxista hace que no le importe el ser humano como persona individual ni su dignidad sino el hombre exclusivamente como ser colectivo, para convertirlo en sujeto de la explotación política”*¹¹.

II. INICIO DE LA RUPTURA DEL ESTADO DE DERECHO: PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 Y LEGISLACIÓN ANTIDEMOCRÁTICA

1. Nueva Constitución

El primer año de gobierno del Presidente Chávez se utilizó, no para gobernar con respeto de la separación de poderes y de los órganos

⁹ *Ibíd.* pp. 63-64.

¹⁰ *Ibíd.* p. 60

¹¹ Vid. CASSAGNE, Juan C., “El estado populista”, *ob. cit.* pp. 33-34.

constituidos, antes y por el contrario el objetivo sería preparar las bases para crear el orden de cosas que le permitirían, luego, tomar verdaderamente todo el poder.

En efecto, este proceso implicó una abierta ruptura del principio de separación de poderes -que constituye uno de los presupuestos base de cualquier democracia auténtica y que articula un sistema de frenos y contrapesos que impide que el poder sea ejercido de forma abusiva-, con la imposición de un régimen populista en el que un líder “omnipotente e infalible” -Hugo Chávez- basó su poder en una legitimación de origen popular a partir del triunfo obtenido en una primera elección democrática¹².

El uso del derecho a la medida y servicio de la revolución comenzó con Decreto No. 3 del 2 de febrero de 1999, dictado por el recién juramentado Presidente Chávez, por medio del cual solicitó referendo popular para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) que tenía por finalidad “*transformar el Estado*”, para “*consolidar el Estado de derecho*” y crear una “*base jurídica que permitiera la práctica de una democracia social y participativa*”¹³.

El 25 de abril de 1999 se convocó la ANC. El 25 de julio se eligieron sus miembros y el 15 de agosto se instaló.

Esa ANC que tenía por misión redactar un proyecto de constitución, no aceptó, desde el principio, someterse a derecho ni atender a límites. Desde el primer momento mostró su verdadero talante. No respetó las reglas del derecho existentes: Constitución y todo el bloque de legalidad.

La Corte Suprema de Justicia en Pleno, que ya comenzaba a cambiar su perfil de actuación, por virtud de la renuncia de su Presidenta, a través de la sentencia del 14 de octubre de 1999¹⁴, declaró que las actuaciones de la ANC eran de carácter “supra constitucional”¹⁵, que sus facultades eran “originarias, ilimitadas e indivisibles”.

¹² Ibidem.

¹³ Gaceta Oficial Nro. 36.364 de fecha 2 de febrero de 1999.

¹⁴ Caso del Recurso de nulidad interpuesto por Henrique Capriles Radonsky contra el Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo

¹⁵ Dicho criterio de la “supra constitucionalidad” de las actuaciones de la ANC fue reiterado en sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 180 del 28 de marzo del 2000; N° 445 del 23 de mayo del 2000 y N° 457 del 5 de abril del 2001.

Eso permitió que la ANC, se atribuyera el poder de limitar o hacer cesar las actividades de las autoridades que conformaban los órganos del Poder Público, reorganizar o intervenir los poderes constituidos, en usurpación de las funciones atribuidas al Congreso.

En efecto, la Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Dra. Cecilia Sosa Gómez, valiosa miembro de nuestra Corporación Académica, renunció en fecha 24 de agosto de 1999 a la presidencia de la Corte Suprema de Justicia, denunciando la muerte de la independencia del poder judicial luego que la ANC dictara, el 14 de agosto de 1999, un decreto “supra-constitucional” de reorganización del poder judicial.

Ese decreto permitió a la ANC “reformular” estructuralmente el Poder Judicial, mediante la destitución de jueces y el nombramiento de los que venían preparados a complacer al gobierno. Con ello ya el nuevo gobierno acababa con los jueces independientes y comenzó un proceso, que se ha consolidado y prolongado hasta nuestros días, de sumisión de todos los poderes.

Otras actuaciones en ejercicio de la “supra-constitucionalidad” fueron el Decreto de Reorganización de todos los órganos del Poder Público del 13 de agosto de 1999, el Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo del 25 de agosto de 1999 y el Decreto de Suspensión de las Elecciones Municipales del 28 de agosto de 1999.

El 17 de noviembre de 1999 la Constitución fue finalmente aprobada por la ANC y el 15 de diciembre sometida a la aprobación del pueblo, mediante referéndum. Finalmente fue publicada la nueva Constitución el 30 de diciembre de 1999.

Curiosamente, la ANC siguió sesionando y ejerciendo funciones “supra constitucionales” hasta el 30 de enero del año 2000. En efecto, el 22 de diciembre de 1999 la ANC dictó un Decreto creando un Régimen Transitorio mediante el cual estableció, sin consulta popular, un régimen constitucional transitorio no dispuesto en el texto de la nueva Constitución.

Ese “Decreto del Régimen Transitorio” dispuso: la eliminación del Congreso y el nombramiento de una Comisión Legislativa Nacional; la disolución de las Asambleas Legislativas de los Estados y el nombramiento de Comisiones Legislativas Estadales; el control de Alcaldías

y Concejos Municipales; la eliminación de la Corte Suprema de Justicia, la creación del Tribunal Supremo y de sus Salas, la designación de los Magistrados y la creación de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial; la designación de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano; la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral¹⁶.

El 24 de marzo del año 2000 se publicó nuevamente la Constitución en la Gaceta Oficial No. 5.453 extraordinario “por error material del ente emisor”. Nunca se dio cuenta de cómo ni quiénes cambiaron 182 artículos y 13 disposiciones transitorias. Es decir, el texto finalmente en vigencia era distinto al aprobado por la ANC y por el pueblo mediante referéndum.

Fue esta la primera violación a la Constitución de 1999. El “pecado original” del chavismo. La junta directiva de la ANC decidió no vincularse a la Constitución. Se sintió con autoridad para acomodar el derecho a sus intereses. Nuevamente era claro que no se reconocerían límites ni formalidades¹⁷.

A propósito de esta nueva y modificada Constitución publicada fueron interpuestos dos recursos de interpretación ante el Tribunal Supremo de Justicia. El primero introducido el 12 de diciembre de 2000, por uno de los miembros de la ANC, Herman Escarrá, por medio del cual advirtió sobre 278 cambios en el texto constitucional. El segundo recurso fue interpuesto el 24 de enero de 2002 por Isaías Rodríguez, en su condición de Fiscal General de la República, por considerar que las modificaciones en determinados artículos que alteraban seriamente el sentido del texto constitucional¹⁸. Isaías Rodríguez había sido también miembro de la ANC. Fue su vicepresidente hasta el 29 de enero del 2000, cuando fue designado vicepresidente de la República.

Ahora bien, dichos recursos nunca fueron decididos satisfactoriamente por el Tribunal Supremo de Justicia y por el contrario, fueron desestimados sin resolver el fondo por la inactividad del recurrente,

¹⁶ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan, “Historial constitucional de Venezuela”, en “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013. Pp. 637 y ss.

¹⁷ DELGADO, Francisco, “Chavismo y derecho”, Editorial Galipán, Caracas, 2017. Pp. 21-22

¹⁸ Ibidem. pp. 18 y ss.

en el primero de los casos, y por “pérdida del interés procesal”, en el segundo.

2. Nueva legislación

Con fundamento en la nueva Constitución comenzó el período de hacer una nueva legislación a la medida de los deseos revolucionarios y desarmar toda la legislación que había sido dictada en los últimos 40 años, que correspondía a un período de respeto a los derechos y libertades.

En primer lugar, leyes elaboradas por la Asamblea Nacional y de otra parte, a partir del año 2000 y hasta diciembre del año 2015, las delegaciones legislativas al presidente de la República y recientemente, desde enero de 2016 y hasta ahora, cuando la Asamblea Nacional ya en manos de la oposición no aceptaría delegar sus funciones al presidente de la República, la figura de la declaratoria de emergencia económica, que permite al Presidente dictar decretos-Leyes.

2.1. Poder legislativo

A través del poder legislativo se ha ido construyendo el nuevo estado de derecho a la medida de los deseos de un poder político, cuyos fines adversan los valores y principios del Estado democrático de derecho, de la libertad y del bien común. Se han dictado leyes como amenaza a la libertad, producto de una legislación incontinente que nos cierra las puertas del progreso. Leyes que pretenden imponer un solo pensamiento político, un sesgado y deficiente modelo económico y que criminalizan el disenso y la pluralidad.

Leyes que invierten la carga de la prueba, leyes que niegan el derecho a la defensa, que legalizan los atropellos policiales, que consagran un régimen probatorio de carácter secreto, sin ningún control, sólo sometido a la discrecionalidad de los cuerpos policiales, en la actualidad habilitados para recabar elementos probatorios sin orden judicial, sin participación de la Fiscalía y sin posibilidad alguna de control y defensa.

Leyes que permiten a los cuerpos policiales científicos y políticos que repriman y persigan a la disidencia política, en entera restricción de

las libertades públicas de pensamiento, de expresión y del pluralismo político e ideológico.

Leyes que niegan la libertad económica, el libre mercado, la libre competencia y la propiedad privada. Leyes que pervierten y suprimen la forma de estado “federal y descentralizado” de Venezuela e implantan el modelo de Estado centralizado y totalitario.

2.2. Delegación legislativa mediante leyes habilitantes (artículo 236.8 de la Constitución)

Además de la legislación antidemocrática y regresiva que la mayoría parlamentaria permitió dictar, Chávez pidió a la Asamblea Nacional que le otorgara facultades legislativas, de conformidad con lo que prevé el artículo 236.8. Asimismo, Maduro, desde que tomó el poder, hizo uso de la habilitación legislativa concedida por la Asamblea Nacional para ejercer funciones propias de la Asamblea Nacional.

Fueron otorgadas 4 habilitaciones legislativas durante el gobierno de Hugo Chávez¹⁹ y 2 a Nicolás Maduro.

La sumatoria de la duración de todas las leyes habilitantes otorgadas al Presidente de la República, tanto a Chávez como a Maduro, desde el año 1999 hasta 2015, da un total de setenta y cinco (75) meses durante los cuales el Presidente estuvo legislando y fueron dictados aproximadamente doscientos noventa y nueve (299)²⁰. Decretos-Leyes

¹⁹ Habilitaciones legislativas de Hugo Chávez Frías:

- i. Ley orgánica que autorizó al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera requeridas por el interés público, del 16 de abril de 1999.
- ii. Ley Habilitante del 13 de noviembre de 2000.
- iii. Ley Habilitante del 01 de febrero de 2007.
- iv. Ley Habilitante del 17 de diciembre de 2010.

²⁰ Ley Habilitante del 26 de abril de 1999, otorgada por un lapso de 6 meses mediante la cual se dictaron 53 Decretos-Leyes; Ley Habilitante del 13 de noviembre de 2000, otorgada por el lapso de 12 meses y mediante la cual se dictaron 49 Decretos Leyes; Ley Habilitante del 01 de febrero de 2007, otorgada por un lapso de 18 meses y mediante la cual se dictaron 66 Decretos Leyes; Ley Habilitante del 17 de diciembre de 2010, otorgada por un lapso de 18 meses y mediante la cual se dictaron 54 Decretos-Leyes; Ley Habilitante del 19 de noviembre de 2013, otorgada por un lapso de 12 meses y mediante el cual se dictaron 56 Decretos-Leyes; y Ley Habilitante del 15 de marzo de 2015, comprendida en un lapso poco mayor a 9 meses y mediante la cual se dictaron 20 Decretos-Leyes. Vid. GRAU, María A., “Empresa Pública y Contratación Administrativa en Venezuela (desde un marco constitucional común

en materias de organización del Poder Público, laboral, vivienda y hábitat, intervención del Estado en la economía, tributaria, turismo, salud y seguridad social, producción de bienes y prestación de servicios, arrendamiento inmobiliario, sistema financiero nacional, derecho marítimo y aeronáutico, hidrocarburos, tránsito terrestre, seguridad, misiones, desarrollo agrario, seguridad alimentaria, entre otras materias.

Esos decretos leyes fueron dictados con prescindencia de todo procedimiento de deliberación o consulta, propio de la labor parlamentaria, irrespetando el derecho de las minorías e incluso en muchos casos fueron dictados fuera del plazo de vigencia de la delegación legislativa²¹. Hubo un uso inadecuado y distorsionado de la institución de la delegación legislativa.

2.3. Delegación legislativa mediante legislación de emergencia (artículo 337 de la Constitución). La motivación desviada de la emergencia económica

Perdida la mayoría parlamentaria, en diciembre 2015, y ante la imposibilidad de seguir legislando por vía de delegación legislativa, desde enero de 2016 y hasta mayo de 2018 se han dictado 12 decretos por medio de los cuales se ha declarado, de manera inconstitucional, el Estado de Excepción y Emergencia Económica, con la finalidad de que el Presidente de la República pueda seguir dictando decreto-leyes.

Todas esas declaratorias de emergencia económica son inconstitucionales por cuanto:

Fueron dictadas y prorrogadas por el presidente de la República sin autorización de la Asamblea Nacional²².

al español, a una ilimitada acción empresarial del Estado en Venezuela”, Tesis doctoral de la Universidad CEU-San Pablo, Madrid, 2015; y SIRA SANTANA, Gabriel, y SILVA ARANGUREN, Antonio, “Decretos Leyes dictados por el Presidente de la República con base en Ley Habilitante, en el año 2015”, en Revista de Derecho Público, N°143-144, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016. Disponible en: <http://cidep.com.ve/files/papers/habilitante2015.pdf>

²¹ *Ibidem*. pp.111-112.

²² Los Decretos de Estado de excepción y emergencia económica son inconstitucionales por prescindir del requisito de aprobación por parte de la Asamblea Nacional, establecido en el artículo 339 de la Constitución. Si bien los Decretos de Estado de excepción han sido declarados constitucionales, en todas sus declaraciones y respectivas prórrogas, por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, ello no obsta para dispensar el control que

No determinan las circunstancias de orden económico que afectan gravemente la Nación, las instituciones y los ciudadanos; es decir, los hechos objetivos que justifiquen la declaratoria de estado de excepción y además otorgan al Ejecutivo Nacional una serie de poderes ilimitados sin especificar la regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe²³.

Decretan indefinidamente en el tiempo la restricción de las garantías constitucionales²⁴.

Además de todo lo anterior, es necesario tener en cuenta que Chávez, para profundizar su proyecto totalitario, propuso una reforma constitucional en el año 2007, para la construcción de un modelo de Estado socialista, el llamado socialismo del Siglo XXI. Esa reforma fue rechazada por el pueblo en el respectivo referéndum consultivo.

ejerce la Asamblea Nacional al no aprobar dichos decretos y por ende rechazar la restricción temporal de las garantías consagradas en la Constitución. En efecto, el control de la Asamblea Nacional dispuesto en el artículo 339 de la Constitución así como en los artículos 26 al 31 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, es un requisito *sine qua non* de los decretos de estados de excepción. Sin la aprobación de la mayoría absoluta de los diputados y diputadas presentes en sesión especial de la Asamblea Nacional, todo decreto que declare el estado de excepción, la solicitud de prórroga o aumento del número de garantías restringidas, es inconstitucional (artículo 27 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción).

²³ Los decretos de estado de excepción han permitido inconstitucionalmente al presidente de la República adoptar cualquier restricción a las garantías constitucionales sin justificación alguna: no describen las circunstancias de orden económico que afecten gravemente la Nación, las instituciones y los ciudadanos -a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos- (artículo 337 de la Constitución), es decir, los hechos objetivos, sino que por el contrario utilizan expresiones arbitrarias que responden a la sesgada visión según la cual hay diversos ataques, complots, conspiraciones y confabulaciones en marcha. Así también, son inconstitucionales los Decretos en la medida en que otorgan al Ejecutivo Nacional una serie de poderes ilimitados sin especificar tampoco la regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, violando el artículo 339 de la Constitución. Aparte, disponen la facultad del Presidente de la República de dictar cualesquiera otras medidas de orden social, económico, político y jurídico que estime convenientes a las circunstancias, de la forma más amplia y abstracta posible.

²⁴ El carácter extraordinario y temporal debe interpretarse restrictivamente por cuanto los estados de excepción constituyen la única situación -extraordinaria, excepcional- del país en que la Constitución permite que puedan ser restringidas -temporalmente- las garantías consagradas en esta (salvo, claro está, las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles). En efecto, estos Decretos, por tener en todo el territorio de la República una vigencia ya mayor a dos años, pasaron de ser excepcionales a constituir una situación ordinaria en el país; y pasaron de restringir temporalmente las garantías

Sin embargo, el contenido de la propuesta de reforma constitucional fue luego introducido al ordenamiento jurídico a través de leyes, todas inconstitucionales²⁵.

Algunas de ellas son: la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, la Ley Orgánica del Consejo Federal del Gobierno, Ley Orgánica del Poder Popular, Ley Orgánica de las Comunas, Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, Ley Orgánica de Contraloría Social, Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, y la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas.

III. LA RUPTURA DEL ESTADO DE DERECHO

Todo ese nuevo ordenamiento jurídico, constitucional y legal, ha permitido de manera progresiva imponer un régimen de fuerza, arbitrario e inmensamente corrupto, que concentra todos los poderes, que viola los derechos subjetivos de los particulares y ha logrado eliminar todo control al ejercicio del poder, por parte del juez. Veamos algo de lo hecho por cada uno de los órganos del poder público, para que se cumpliera ese deseo revolucionario, indispensable para garantizar su permanencia.

1. Poder Ejecutivo: El líder mesiánico, Chávez.

A partir del año 2000 el Presidente Chávez se dispuso a eliminar todo límite a su actuación. Se intensificó el centralismo político y

consagradas en la Constitución a restringirlas indefinidamente (siendo que el estado de excepción parece, además, querer ser perpetuado en el tiempo), infringiendo lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución, que dispone que podrá decretarse el estado de emergencia económica solo cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. De otra parte, la Constitución expresamente señala que si bien el Presidente de la República tiene la facultad de dictar en primera instancia decretos de estados de excepción con la autorización de la Asamblea Nacional, es este último órgano quien tiene la potestad de declarar su prórroga, previa solicitud del Presidente de la República (artículos 337 y 338 de la Constitución). Sin embargo, el Presidente de la República Nicolás Maduro se ha encargado de prorrogar unilateralmente por vía de Decreto todos y cada uno de los Decretos de estado de excepción y emergencia económica dictados inconstitucionalmente por él y sin la aprobación de la Asamblea Nacional.

²⁵ DELGADO, Francisco, “Chavismo y derecho”, ob. Cit.

administrativo; se militarizó la gestión pública, y se estableció, hasta hoy, un proceso de intervención y control total de la economía, de la propiedad y de la sociedad en general.

1.1. Intensificación del centralismo político y administrativo

El Presidente Chávez, a partir del año 2000, ya con su nueva Constitución, comenzó a concentrar todos los poderes y a centralizar, en el poder nacional, todas las actuaciones del Estado, no obstante que la nueva Constitución en su artículo 4 define al estado de Venezuela como un estado federal descentralizado; y a pesar que se describe al gobierno y a las entidades políticas que la componen como democrático, participativo y descentralizado... (artículo 6); y se favorece y promocio-na la descentralización político-administrativa (artículos 16 y 157), como política nacional para acercar el poder a la población y crear mejores condiciones, tanto para el profundo ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales (artículo 158).

El centralismo político y administrativo empezó con la creación de estructuras paralelas, distintas a los estados y municipios, destinadas precisamente a disminuir sus competencias, para la prestación de los servicios públicos; se establecieron fondos fuera del presupuesto anual -presupuestos paralelos- y se transformaron organismos partidistas en sujetos de la descentralización y las transferencias de recursos a través de los consejos comunales. Se anuló toda actuación de los grupos de interés (Universidades, sindicatos, asociaciones de empresarios, colegios profesionales, academias). En definitiva comenzó la *“aparición de un conjunto de instituciones que dan forma al nuevo centralismo, el cual no tiene precedentes en ninguna época anterior de nuestra historia”*²⁶.

Entre las estructuras paralelas para la prestación de servicios públicos, mencionamos en primer lugar el Plan Bolívar 2000²⁷, por medio del cual se les dio a los militares el manejo de cuantiosos recursos para mercados populares, reparación de calles, atención médica

²⁶ RACHADELL, Manuel, “La centralización del poder en Venezuela”, en Provincia N° 16, julio-diciembre 2006, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 2006. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=55501608> pp. 199-282.

²⁷ Ibidem. p.222

y construcción de viviendas. Luego también la denominadas “misiones”, creadas como programas de prestación de servicios públicos en áreas determinadas y de transferencia de recursos públicos, creadas, primero, sin fundamento jurídico alguno y, posteriormente, fundamentadas en leyes de sospechosa constitucionalidad²⁸.

Esas misiones, en todo contrarias a la descentralización, dependen principalmente de las decisiones del presidente de la República, sin que en la dirección y gestión de ellas pueda detectarse ninguna conexión con los estados y municipios²⁹.

De otra parte, la creación de presupuestos paralelos que permiten la afectación de gastos con fondos del Tesoro Nacional que no han sido aprobados en la Ley de Presupuesto, en violación del principio de legalidad del gasto público (artículo 314 de la Constitución), del principio de unidad presupuestaria, la obligación de contribuir al financiamiento de los gastos públicos (artículo 133 de la Constitución), el principio de la especificidad del presupuesto de gastos (artículo 315 de la Constitución), entre otros³⁰. Tal es el caso, por ejemplo, de los fondos creados con motivo de los ingresos extraordinarios de PDVSA por concepto de hidrocarburos (FONDESPA, FONDEN, Fondo Social de PDVSA).

Así mismo, se han creado “organizaciones de base popular”, en “espacios comunitarios reducidos”, conocidos como consejos comunales sobre el fundamento de un ficticio “poder popular” (inexistente en el ordenamiento constitucional pero legislado *in extremis* por la Asamblea Nacional en estricto cumplimiento de las órdenes del Ejecutivo Nacional³¹).

²⁸ *Ibidem*. p. 229

²⁹ *Ibidem*. p. 232.

³⁰ *Ibidem*. pp. 235 y ss.

³¹ Entre estas leyes entendidas como “del Poder Popular”, mencionamos la Ley Orgánica de los Consejos Comunales; la Ley Orgánica del Consejo Federal del Gobierno; la Ley Orgánica del Poder Popular; la Ley Orgánica de las Comunas; la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal; la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular; la Ley Orgánica de Contraloría Social; la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal; la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública; y la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas. Vid. GARCÍA SOTO, Carlos, “Cuarta parte: régimen de la economía Sección I: Régimen del modelo productivo socialista Principios del Poder Popular, del Estado Comunal y del modelo productivo socialista (A propósito de las “Leyes del Poder Popular”)”, en *Revista de Derecho Público* 130 (abril-junio) (2012), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012. pp. 251-272.

Estos consejos comunales representan las “instituciones emblemáticas del nuevo centralismo”³², puesto que sin estar amparados constitucionalmente, han sido dotados de competencias propias de los estados y municipios, pero son controlados enteramente por el Ejecutivo Nacional y financiados con inmensos recursos financieros desprovistos de todo control, para defraudar finalmente la forma de “Estado federal y descentralizado” venezolano.

De otra parte por medio de leyes se han suprimido competencias constitucionales atribuidas a Estados y Municipios. Así pues, la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, “revirtió”, de forma inconstitucional, al poder nacional, competencias que habían sido transferidas a los Estados y Municipios, tales como la administración de puertos, aeropuertos y carreteras nacionales³³.

1.1.1. Militarización de la administración

La progresiva militarización de la sociedad y el Estado fue uno de los objetivos fundamentales del gobierno de Hugo Chávez. A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, las Fuerzas Armadas dejaron de ser apolíticas, obedientes y no deliberantes, como la Constitución de 1961 establecía y dejó de atenderse al principio de que el poder militar se sometía al poder civil. Se implantó un nuevo sistema de administración con el protagonismo del estamento militar en la conducción y ejecución de las políticas fundamentales de lo que se ha llamado “revolución Bolivariana”, con fundamento en los cambios instaurados en la Constitución de 1999³⁴.

En la Constitución de 1999, se introdujeron cambios en la Fuerzas Armadas que redefinieron el papel de los militares dentro de la sociedad, permitiéndoles el derecho al voto a los efectivos de la Fuerza

³² Ibidem. p. 256.

³³ En el mismo sentido, la Ley del Consejo Federal de Gobierno redujo las competencias y recursos a gobernadores y alcaldes; la Ley del Distrito Capital y otras suprimió competencias y recursos a la Alcaldía Metropolitana. Vid. VECCHIO, Carlos, “Observatorio parlamentario. Balance legislativo 2006-2010. ¿Poder legislativo? SE BUSCA UN PODER”, en El Universal, Caracas, Septiembre 2010. Disponible en: http://images.eluniversal.com/2010/09/16/AN_balance_vecchio.pdf

³⁴ Ibidem.

Armada Nacional³⁵ y conformando lo que el gobierno ha denominado un modelo cívico-militar³⁶.

Militares tanto activos como retirados han ocupado gran cantidad de cargos públicos, de todos los niveles y han participado en elecciones para posiciones tanto en el poder legislativo nacional, como gobernaciones y alcaldías.³⁷ A partir de la Constitución de 1999 dejó de atenderse a la regulación contenida en el artículo 131 de la Constitución de 1961, conforme a la cual: “La autoridad militar y la civil no podrán ejercerse simultáneamente por un mismo funcionario, excepto por el Presidente de la República, quien será, por razón de su cargo, Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales.”

El Presidente Maduro continuó con el mismo régimen militar. Gran cantidad de militares han sido designados ministros, a quienes se les ha encargado principalmente el manejo del petróleo, transporte, vivienda, alimentación, obras públicas, energía eléctrica, entre otros, además de la gestión de gobierno, las políticas de seguridad ciudadana, la defensa nacional y justicia.

Mediante Decreto No. 2.231³⁸, el Presidente autorizó la creación de una empresa del Estado, bajo la forma de Compañía Anónima, que denominó “Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG)”, adscrita al Ministerio para la Defensa y que tiene por objeto la realización de toda actividad lícita de Servicios Petroleros, de Gas y Explotación Minera. Ello en total contravención con el régimen constitucional y legal que regula la actividad de hidrocarburos, así como la organización y funcionamiento de la Administración Pública en Venezuela. Respecto de este particular la Academia de Ciencias Políticas y Sociales emitió un pronunciamiento público en el cual señaló:

³⁵ Artículo 330. Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.

³⁶ Vid. CORDOVA JAIMES, Edgar, “Administración Pública en Venezuela: Aproximaciones a los cambios y transformaciones”, en Revista de Ciencias Sociales v.12 n.3 Maracaibo sep. 2006. Disponible en: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-95182006000300007

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Gaceta Oficial N° 40.845 de fecha 10 de febrero de 2016

“... el Decreto No. 2.231 es violatorio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y del régimen jurídico administrativo vigente y aplicable, especialmente en materia de hidrocarburos, con fundamento en los razonamientos que se exponen a continuación:

1.- La actividad empresarial del Estado debe responder al cumplimiento de objetivos económicos que redunden en beneficio de la población civil. Ella es parte de su actividad administrativa y, por ende, debe ser naturalmente asignada a las autoridades administrativas civiles del gobierno y no a las autoridades militares.

2.- Atribuir la actividad comercio-industrial al ámbito militar sugiere que el objetivo del Decreto No. 2.231 no es otro que destinar más recursos a la institución militar, porque de otro modo no tendría sentido alguno que se asigne a ese ámbito lo que es propio del mundo civil. Adicionalmente, utilizar la iniciativa pública en lo económico no para satisfacer un interés general concreto de la población civil, sino para el supuesto fortalecimiento de una industria militar en tiempos de paz, no cumple con el límite del interés público que justifica la participación del Estado en la actividad comercio-industrial.

3.- Las políticas y directrices esenciales de la Revolución Bolivariana referidas en el primer considerando del Decreto No. 2.231, las cuales no se explican ni desarrollan en el mencionado Decreto, no pueden ser contrarias a los límites constitucionales a la actividad económica del Estado.

4.- La delegación al estamento militar de todo lo relacionado con los servicios para el desarrollo de la industria petrolera viola principios fundamentales del régimen constitucional que reserva al Estado la actividad de hidrocarburos y la organización y funcionamiento de la Administración Pública, conforme a los artículos 302 y 303 en concordancia con el 156 de la Constitución.

5.- La reserva de los hidrocarburos, como competencia petrolera del Poder Nacional (artículo 156.16 de la Constitución), debe ejercerla el Ejecutivo Nacional bajo el régimen que se define en la respectiva ley orgánica y, por tanto, exclusivamente mediante los entes creados para el manejo de la industria petrolera, tal como lo disponen los artículos 302 y 303 de la Constitución. Igualmente, el Poder Ejecutivo Nacional, ejerce tal actividad, mediante los Ministerios que integran dicho poder, cuya organización y competencia ha de

establecer dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica. Esa ley orgánica está contenida en el Decreto No. 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la Gaceta Oficial No. 6.147 Extraordinario de 17 de noviembre de 2014 (“LOAP”), que establece los principios, bases y lineamientos que rigen la organización y funcionamiento de la Administración Pública (artículo 1°).

6.- El artículo 63 de la LOAP establece que los Ministerios son los órganos del Ejecutivo Nacional encargados de la formulación, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas, estrategias, planes generales, programas y proyectos en las materias de su competencia y sobre las cuales ejercen su rectoría. Y el artículo 26 de la misma Ley prevé que la organización de la Administración Pública debe respetar la competencia atribuida a sus órganos y entes. Por ello, el último aparte del artículo 16 de la LOAP consagra el “principio de la no duplicación de competencias” conforme al cual se prohíbe crear nuevos órganos o entes que supongan duplicación de las competencias de otros ya existentes.

7.- La creación de entes descentralizados se justifica si con la descentralización funcional se asegura una razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellos se inviertan (artículo 300, de la Constitución) y sí, adicionalmente, se requiere para el mejor cumplimiento de los fines del Estado, como lo exige el artículo 29 de la LOAP, fines que en materia de la reserva de la actividad petrolera conforme al artículo 302 constitucional, son: asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, crear riqueza y bienestar para el pueblo.

8.- Cada Ministro tiene su competencia legalmente establecida y, por tanto, le corresponde, entre otras atribuciones, de conformidad con los numerales 2, 5, 13 y 24 del artículo 78 de la LOAP, la de dirigir y controlar las actividades de su Ministerio, los planes y proyectos de su respectiva competencia, ejercer la rectoría de las políticas que deben desarrollar los entes descentralizados adscritos a sus despachos así como su coordinación y control y, la contratación de obras y servicios.

9.- De acuerdo con el artículo 42 del Decreto No. 1.612 sobre Organización de la Administración Pública Nacional, publicado en la Gaceta Oficial No. 6.173 Extraordinario de 18 de febrero de 2015, el Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería tiene atribuida específicamente la realización de las actividades del Ejecutivo

Nacional en materia de hidrocarburos y el desarrollo de la industria petrolera, actividades que habrán de llevarse a cabo bajo su rectoría.

10. La competencia exclusiva del Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería en materia de hidrocarburos y desarrollo de la industria petrolera se ratifica en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicada en la Gaceta Oficial No. 38.493 de 4 de agosto de 2006 (“LOH”), al establecer que: (i) las actividades reservadas de estas sustancias se rigen por esa misma ley y (ii) corresponde al Ministerio de Energía y Petróleo (hoy Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería), la formulación, regulación y seguimiento de las políticas y la planificación, realización y fiscalización en materia de hidrocarburos. Por lo tanto, dicho Ministerio es el órgano nacional competente en todo lo relacionado con la administración de los hidrocarburos.

11.- El artículo 27 de la LOH establece además que para realizar las actividades a que se refiere dicha Ley, el Ejecutivo Nacional creará empresas de la propiedad exclusiva del Estado que, según su artículo 29, se regirán por la LOH y su reglamento, por sus propios Estatutos y, finalmente, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería.

12.- El Decreto No. 2.231 atribuye a una empresa militar (CAMIMPEG) todo lo relativo a las actividades de servicios para las actividades de hidrocarburos, bajo los lineamientos del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, empresa cuya Junta Directiva corresponderá designarla íntegramente al Ministro.

13.- Ello, conforme a lo expresado en los numerales precedentes, contradice todo el régimen constitucional y legal anteriormente descrito de la reserva al Estado de la actividad de hidrocarburos y de la organización y funcionamiento de la Administración Pública.

14.- En efecto, con la atribución de competencias petroleras al Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante un acto de menor rango al de las señaladas leyes orgánicas señaladas como lo es el Decreto No. 2.231, no solo ilegalmente se duplican las competencias específicamente atribuidas al Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería, sino que además se contradicen expresas disposiciones de superior jerarquía normativa que atribuyen en exclusividad esta materia al Ministerio de adscripción de dicha empresa militar.

15.- Igualmente, el Decreto No. 2.231 priva a PDVSA, S.A. del control de las operaciones relativas a los servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos, tales como suministros de bienes y equipos para la industria petrolera en el Lago de Maracaibo, según está previsto en la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos, publicado en la Gaceta Oficial No. 39.173 de 7 de mayo de 2009, así como en las resoluciones del entonces Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo No. 051 y 054, publicadas en la Gaceta Oficial No. 39.174 de 8 de mayo de 2009 y en la Gaceta Oficial No. 39.177 de 13 de mayo de 2009, respectivamente, y así duplica innecesariamente los esfuerzos y gastos en perjuicio de una más eficiente gestión del sector de los hidrocarburos.

16.- Similar situación se presenta en el sector de la explotación de los recursos mineros de hierro (Decreto No. 580, por el cual se reserva al Estado, por razones de conveniencia nacional, la industria de la explotación de mineral de hierro, publicado en la Gaceta Oficial No.- 30.577 de 16 de diciembre de 1974), del oro (Decreto No. 1.395, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación de Oro, así como las Conexas y Auxiliares a estas, publicado en la Gaceta Oficial No. 6.150 Extraordinario de 18 de noviembre de 2014), del níquel en ciertas áreas del país (Decreto No. 455, mediante el cual se reserva al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería, el ejercicio directo de las actividades de exploración y explotación de Níquel y demás minerales a asociados a éste, que se encuentren en el área que comprende las extintas concesiones que en él se indican, publicado en la Gaceta Oficial No. 40.265 de 4 de octubre de 2013) y del carbón en algunas áreas del estado Zulia (Decreto No. 1.606, mediante el cual se reserva al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería, el ejercicio de las actividades de exploración y explotación de carbón, reimpresso en la Gaceta Oficial No. 40.733 de 27 de agosto de 2015). Todos estos sectores están reservados a entes del Estado, y en el caso de la minería de níquel está a cargo de la Corporación Venezolana de Minería, S.A., ente totalmente propiedad del Estado venezolano, y para el carbón la minería le corresponde a Carbones del Zulia, S.A., filial de PDVSA, S.A. En todos los casos la realización de las actividades mineras está bajo las políticas del Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería.

Finalmente, esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales hace un llamado al Gobierno Nacional a respetar la Constitución y demás leyes de la República Bolivariana de Venezuela, a atenerse al carácter civil de la iniciativa pública dentro de un modelo de economía de mercado y al desarrollo por el Estado de actividades económicas sólo cuando ello sea conveniente al interés público y a la concreción de la Cláusula Social del Estado de Derecho”³⁹.

También a cargo del Ministerio de la Defensa, está el programa “Gran Misión Abastecimiento Soberano”, con lo que la producción, distribución, importación y comercialización de alimentos esta hoy controlada por militares.

De otra parte, 6 gobernaciones están dirigidas por militares. Entre ellos, el gobernador del estado Bolívar, quien además fue designado presidente de la Corporación Venezolana de Guayana (CVG)⁴⁰, Instituto autónomo, y de la empresa del estado Siderúrgica del Orinoco (Sidor)⁴¹.

1.1.2. Politización de la administración

A pesar de que el artículo 145 de la Constitución establece que los funcionarios “*deben estar al servicio del Estado y no de parcialidad alguna*”⁴², y tienen prohibido realizar propaganda o coacción política, así como utilizar distintivos que los acrediten como miembros de un partido político, o favorecer electoralmente a algún candidato, grupo, movimiento o partido político, Hugo Chávez ejercía las funciones de Presidente de la República a la vez que detentaba la titularidad activa de la jefatura de su partido político⁴³ (MVR), y sus ministros,

³⁹ Vid. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ante la reciente creación de la compañía anónima militar de industrias mineras, petrolíferas y de gas (Camimpeg), de fecha 07 de marzo de 2016. Disponible en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/ACADEMIA%20\(EMPRESA%20PETROLERA%20MILITAR\)-1110625-v1-CARDMS.pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/ACADEMIA%20(EMPRESA%20PETROLERA%20MILITAR)-1110625-v1-CARDMS.pdf)

⁴⁰ Vid. <http://www.cvg.gob.ve/?q=node/97>

⁴¹ Vid. <http://www.sidor.com/la-nueva-sidor-54/talento-humano/organigrama>

⁴² Artículo 145 de la Constitución.

⁴³ En este sentido, la norma del artículo 145 constitucional, “nunca se ha cumplido, pues Venezuela ha tenido un Presidente que ha actuado más como jefe de un partido político, que como jefe de gobierno y del Estado”. BREWER-CARÍAS, Allan, “Historia constitucional de Venezuela”, Tomo II, Editorial Alfa, Caracas, 2008. p.306.

gobernadores y otros altos funcionarios, comandaban abiertamente las campañas electorales del partido de gobierno.

La politización de la gestión administrativa se manifiesta a través de la obligación de los funcionarios públicos a inscribirse en el partido de gobierno (PSUV) y a situaciones de discriminación y violación de los derechos humanos como la ocurrida con los despidos motivados por la famosa “lista Tascón”:

“En el año 2003, diversos partidos políticos y miembros de la sociedad civil promovieron la realización de un referendo revocatorio al entonces Presidente Hugo Chávez Frías, que contó con más de 3 millones de firmas de respaldo. Antes de que el Consejo Nacional Electoral validara dichas firmas, el Presidente Chávez comisionó al diputado Luis Tascón Gutiérrez para que recibiera copias certificadas de las planillas. Los datos de los firmantes fueron publicados en una página web (luistascon), acusando a los firmantes de participar en “un megafraude”⁴⁴.

Tras la publicación de dicha lista, *“Medios de comunicación y organizaciones no gubernamentales internacionales y venezolanas documentaron denuncias de despidos y represalias a funcionarios que formaban parte de esta lista”*.

En efecto, con carácter intimidatorio -que buscaba desincentivar la participación y la posibilidad de disidencias políticas- y en contravención con el derecho a la participación política y el derecho a la no discriminación, el Ejecutivo Nacional procedió a despidos masivos de funcionarios públicos. Así pues, *“La finalidad real era, sin duda, generar una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente un derecho de carácter político, lo que fue percibido por los funcionarios superiores como un acto de deslealtad política”⁴⁵.*

⁴⁴ Vid. Comunicado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos CorteIDH_CP-20/18 Español, San José, Costa Rica, 30 de mayo de 2018. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_20_18.pdf.

⁴⁵ Es por ello que en reciente decisión (Sentencia de 8 de febrero de 2018), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se declaró la responsabilidad del Estado venezolano por la violación al derecho humano a la participación política, violación de la libertad de pensamiento y expresión en concordancia con el derecho a la no discriminación y la violación al derecho al trabajo, en el caso concreto de Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y

1.2. Intervención del Estado en la economía

A partir de 1999 comenzó un proceso de intervención, severa y sin límites, en la actividad económica de los particulares. Se ha incidido en la esfera de la libertad económica (artículo 112 de la constitución) con el propósito de disminuir y limitar la participación de los particulares en importantes sectores de la economía y también se utilizan las limitaciones a la economía como sanción por razones de intolerancia política. El modelo de economía mixta establecido en la Constitución (artículo 299), ha sido reemplazado por el de un Estado que no necesita de justificación para asumir de manera directa la gestión de actividades económicas, aun cuando ello suponga la violación del modelo de economía de mercado, la supresión de la libertad de empresa y la eliminación de la competencia.

A través de normas constitucionales y legales, y de actuaciones administrativas (de carácter sub legal), el Estado ha intervenido de forma total en la economía: hidrocarburos y minas; producción de bienes y servicios, sector bancario, seguros y títulos valores; sanidad; turismo; telecomunicaciones; servicios postales; servicio eléctrico, inversión extranjera, actividad de fomento, régimen monetario, la propiedad privada, tanto urbana como rural, la propiedad industrial, la propiedad intelectual, etc.

Como lo indica el profesor Cassagne en Argentina, *“la economía practicada por el Estado Populista instaurado en Venezuela ha terminado por hundir el país en la más extrema pobreza. El objetivo de inclusión social (propio de todo populismo) cambió de signo terminando de incluir a los venezolanos en la miseria más absoluta... La ineficiencia de la burocracia de la República Bolivariana ha sido generalizada en todos los sectores administrativos del Estado”*⁴⁶.

La intervención del Estado en la economía se ha manifestado a través de distintas formas como son la regulación excesiva de las actividades económicas mediante leyes o decretos leyes; la reserva, la eliminación de la propiedad privada a través de la compras forzadas,

Thais Coromoto Peña. Vid. Sentencia de 8 de febrero de 2018 en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf

⁴⁶ Cfr. CASSAGNE, Juan C., “El estado populista”, Ob. cit. P. 199.

la expropiación y la nacionalización, o incluso mediante la apropiación a través de las vías de hecho; la creación de empresas públicas que han dejado al Estado como el principal actor económico colocando en un segundo plano a la libre iniciativa privada⁴⁷.

Esas leyes han influido en todas las áreas, pero principalmente han estado dirigidas a establecer el bloque de regulaciones económicas, con una vocación abiertamente socialista⁴⁸, violando el principio de menor intervención -el cual rige también para la actividad prestacional de la administración- junto al principio de subsidiariedad⁴⁹.

Muchas de esas leyes “*se apartan de esta garantía al asumir una visión estatista de la economía, esto es, una visión en la cual el Estado es el principal actor económico, según corresponde al modelo socialista, colocando en un segundo plano a la libre iniciativa privada*”, siendo el rasgo común la clara preferencia por la iniciativa pública y la subordinación de la iniciativa privada a los objetivos políticos que la administración central ha asumido a través del llamado Plan de la Patria⁵⁰.

De esa forma, “*Vemos entonces cómo el Estado venezolano demuestra, a través de estas nuevas leyes y acciones, su disposición de*

⁴⁷ Vid. BADELL MADRID, Rafael, “Intervención del Estado en la economía”. Conferencia dictada en las XIX Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Valencia, 9 de diciembre de 2016. Publicada en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nro. 154, Año 2015, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>

⁴⁸ HARO GARCÍA, José V., “Los recientes intentos de reforma constitucional o de cómo se está tratando de establecer una dictadura socialista con apariencia de legalidad (A propósito del proyecto de reforma constitucional de 2007 y los 26 decretos leyes del 31 de julio de 2008 que tratan de imponerla)”, en Revista de Derecho Público N°115 julio-septiembre 2008, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009. pp.63 y ss.

⁴⁹ Conforme al principio de subsidiariedad el autor argentino Cassagne ha destacado que la intervención estatal en la economía debe restringirse exclusivamente a aquellos campos en los que la iniciativa privada sea insuficiente o, a lo sumo, para complementar ésta, sin que ello implique una minimización de la presencia del Estado en la economía y la vida social; por el contrario, lo que persigue es reafirmar la autoridad del Estado en sus funciones soberanas y la eficiencia de las actividades supletorias que lleve a cabo: el Estado se ve fortalecido pues su solidez se fundará no sobre el alcance o extensión de sus actividades, sino por su eficiencia en el cumplimiento de los cometidos que le son esenciales. Vid. CASSAGNE, Juan C., “La intervención administrativa”. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

⁵⁰ HERNÁNDEZ, José Ignacio, “La Constitución económica y los decretos Leyes dictados en ejecución de la Ley Habilitante 2013”, en Revista de Derecho Público n°140, octubre-diciembre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014. p.198.

*intervenir cada vez más en la economía, no sólo como “Estado regulador” o “Estado planificador”, sino de forma más directa, incidiendo en la actividad económica de los particulares en un grado de intensidad cada vez mayor*⁵¹.

Se ha eliminado el modelo de libre mercado, mediante el uso del poder regulatorio, la desbordada iniciativa pública en detrimento de la privada, la eliminación y falseamiento de la libre competencia por parte de la administración pública y la violación sistemática de la propiedad privada⁵².

De este modo, los Decretos-Leyes contradicen la Constitución económica de Venezuela al configurarse como instrumentos de ordenación de la economía para tipificar delitos económicos y promover la visión estatista de la economía, en la cual el Estado es el principal actor

⁵¹ NÚÑEZ MACHADO, Ana C., “Los 26 nuevos Decretos-Leyes y los principios que regulan la intervención del Estado en la actividad económica de los particulares”, en Revista de Derecho Público N°115 julio-septiembre 2008, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009. P.216. En este sentido, entre otros, véase: Decreto N°5.999 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Turismo se establece la posibilidad de que el Ministerio del Poder Popular para el Turismo, conjuntamente con el Ministerio competente en materia de control de precios, fije las tarifas de los servicios turísticos; Decreto N° 6.069 Rango, Valor y Fuerza de Ley de Transporte Ferroviario Nacional se declaran de interés y utilidad pública las actividades relacionadas con la construcción, prestación, desarrollo y conservación del transporte ferroviario nacional y se elimina la posibilidad de que el Estado otorgue concesiones en materia ferroviaria bajo ninguna de sus modalidades de prestación de servicios (monopolio del Estado en la prestación de servicio); Decreto N° 6.071 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria se declara de utilidad pública e interés social los bienes que garanticen disponibilidad y acceso oportuno a los alimentos en cantidad suficiente a la población y las infraestructuras con las cuales se desarrollen esas actividades; Decreto N° 6.130 Rango, Valor y Fuerza de Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular; Decreto N° 6.240 Rango, Valor y Fuerza de Ley de Beneficios y facilidades de Pago para las Deudas Agrícolas de Rubros Estratégicos para la Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, entre otros, se establece y se acentúa la propiedad social (empresas de propiedad social, directas e indirectas, unidades de propiedad social); Decreto N° 6.092 Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios se declaran de utilidad pública e interés social todos los bienes y servicios declarados de primera necesidad.

⁵² GRAU, María A., “Los derechos económicos de los particulares como límite a la actividad empresarial del Estado”. Conferencia dictada en VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo en homenaje al Dr. Carlos Ayala Corao. Universidad Monteávila. Caracas, 11 de noviembre de 2016. Publicada en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nro. 155, Año 2016. Vid.; <http://www.acienpol.org.ve/>

económico, según corresponde al modelo socialista, colocando en un segundo plano a la libre iniciativa privada⁵³.

Además de una legislación regresiva la administración pública venezolana, en un sentido muy contrario a la libertad de empresa, ha limitado la libertad de industria y comercio, en sus aspectos fundamentales. El Estado de derecho exige la sujeción de las empresas públicas, que actúan en coiniciativa con los particulares, al principio de libre competencia⁵⁴, el cual implica la eliminación de las intervenciones excesivas del Estado, así como de los monopolios en manos públicas, y la disminución del abuso de la actividad de fomento.⁵⁵

Sin embargo, en Venezuela, se ha desarrollado un fenómeno enteramente contrario al principio de libre competencia. El Estado venezolano ha “falseado la competencia”, o en otras palabras, ha competido deslealmente, en abuso del poder de la administración pública para el logro de sus objetivos empresariales y en detrimento de quienes le compiten.

⁵³ Esta visión estatista se ha presentado como un sistema de ordenación y limitación que viola el contenido esencial de la libertad de empresa, hace caso omiso del principio de subsidiariedad y margina el alcance de la libre iniciativa privada, todo ello en detrimento del Estado democrático y de derecho. “La actuación del poder legislativo y de las administraciones públicas es, en este sentido, una actuación de hecho, una conducta arbitraria. No se pueden dictar leyes y decretos que contraríen el modelo de economía a mixta consagrado en la Constitución” MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, “El intento inacabado por establecer un modelo económico socialista”, en Anuario de Derecho Público, Año 1, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Universidad Monteávila, San Cristóbal, 2007. p.339.

⁵⁴ Reconocido constitucionalmente en el artículo 299 que prevé: “El régimen socio económico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad”.

⁵⁵ La libre competencia no solo se contempla como uno de los principios fundamentales del régimen socio económico del país (precitado artículo 299), sino que es desarrollado de forma específica, además, en el artículo 113 de la Constitución, en el cual se prohíbe el establecimiento de monopolios así como la conducta de abuso de posición de dominio, es decir, aquella realizada por empresas que en determinado mercado disfrutan de una posición dominante donde podrían imponer, con absoluta independencia de sus competidores, precios y condiciones de comercialización supra competitivos a sus clientes y distribuidores. Véase GRAU, María A., “Empresa Pública y Contratación Administrativa en Venezuela...”. Ob. Cit. p. 126.

En efecto, el gobierno ha incurrido en todas las prácticas desleales posibles⁵⁶, y en ese sentido: 1) ha abusado de su autoridad a través de la promoción de la actividad de sus empresas o de terceros por medio del ejercicio de las competencias públicas; 2) ha sacado partido del mercado al ejercer sus competencias; y 3) ha usado las ventajas propias o conaturales de su condición de administración en relación con la posición de sus competidores privados.

De esta forma, en materia de ayudas públicas, ha sido práctica común (y desestabilizadora económicamente) el rescate de empresas públicas fracasadas (v.g. bancos, siderúrgica, transporte aéreo, hoteles, etc.), mediante el aporte de fondos públicos⁵⁷. Se ha abusado de la intervención de estas empresas en áreas de la economía servidas por la iniciativa privada, y que sólo a través de la ayuda pública pueden mantenerse en el mercado, todas cuestiones violatorias de la libre competencia⁵⁸.

En el marco de esa limitación de la libertad de competencia en Venezuela, fue dictado el precitado Decreto-Ley de Precios Justos, el cual estableció un control total de precios, costos y ganancias a cargo de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, como “órgano desconcentrado con capacidad de gestión presupuestaria administrativa y financiera, adscrita a la Vicepresidencia Económica de Gobierno”, y cuya primera atribución consiste en “*Ejercer la rectoría, supervisión y fiscalización en materia de estudio, análisis, control y regulación de costos y determinación de márgenes de ganancias y precios*” (artículo 11.1 de la Ley de Precios Justos).

⁵⁶ González-Varas, cit. en GRAU, María A., “Empresa Pública y Contratación Administrativa en Venezuela...” Ob. Cit. p. 125.

⁵⁷ Sobre este tema véase DE LA RIVA, Ignacio M., “Ayudas públicas (incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado)”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

⁵⁸ “*En efecto, el Estado no sólo ha decidido intervenir directamente en la economía a través del ejercicio de actividades empresariales, sino que invocando el interés general de tales actividades, se ha valido de medios propios del fomento (beneficios fiscales, aportación de recursos económicos bajo la figura de la subvención, exclusión de regímenes de control cambiario, entre otros) para garantizar su sostenimiento en el mercado con respecto a los demás operadores privados*”. Vid. GRAU, María A., “Los derechos económicos de los particulares como límite a la actividad empresarial del Estado”, ob. cit.

Dicho Decreto-Ley elimina toda posibilidad de desarrollo de la libre competencia⁵⁹, puesto que asigna a un órgano estatal la fijación de los precios de todos los bienes y los servicios de carácter comercial, con facultades para incidir en los costos y controlar la ganancia, que pasaría a depender ya no del mercado sino del criterio burocrático y arbitrario del órgano estatal. A través de los controles de precios las autoridades administrativas imponen precios que no cubren costos, condenando a productores y distribuidores a trabajar a pérdida⁶⁰. Esto vacía de contenido los derechos económicos previstos en la Constitución

Se han utilizado también las vías de hecho. A través de las fiscalizaciones realizadas por el órgano administrativo, SUNDDE, han ordenado *de* manera inmediata, sin procedimiento, ajustes o reducciones de precios.

⁵⁹ Un sistema de control total de precios, es sin duda contrario a la libre competencia, más aún cuando también se controlan los costos y los márgenes de la ganancia. En este sentido: *“La técnica de la defensa de la competencia supone no atribuir a la Administración la formulación de las conductas de las empresas del mercado. Es un sistema en el que la administración no tiene capacidad para configurar de forma previa la acción de los particulares, sino que únicamente ha de cuidar de la vigilancia de un amplio marco en el que son posibles distintas propuestas o soluciones (...) Los actores principales del mercado son los particulares, que desarrollan sus acciones dentro del marco establecido por el ordenamiento, mientras que la Administración permanece atenta vigilando el cumplimiento del marco configurado. La Administración se coloca, en consecuencia, en un segundo plano supervisor de la acción de los particulares, dirigiendo indudablemente con ello también el comportamiento de las empresas en el mercado”*. Vid. CASES PALLARES, Luis, “Derecho administrativo de la defensa de la competencia”, Marcial Pons, Madrid, 1995, p.53. Cit. en GRAU, María A., “Empresa Pública y Contratación Administrativa en Venezuela...” ob. Cit. p.132.

⁶⁰ PALMA A., Pedro, “Controles de precios e inflación”, en BALZA GUANIPA, Ronald (coordinador), “Venezuela 2015, economía política y sociedad, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, p.155. cit. en ABADI M. Anabella y GARCÍA SOTO, Carlos, “EL control de precios en Venezuela (1939-2015: De la Segunda Guerra Mundial a la “guerra económica”, Universidad Monteávila, Universidad Católica Andrés Bello, Cedice, Caracas, 2016. Ejemplo de ello es la Providencia Administrativa N° 070/2015 dictada por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) publicada en la Gaceta Oficial N° 40.775 del 27-10-2015, en la cual se estableció un margen máximo de ganancia a los productores nacionales y prestadores de servicio de 30% para el caso de los productores sobre su estructura de costos; se estableció un margen máximo de ganancia a los importadores de bienes de hasta veinte por ciento (20%) sobre su estructura de costos; y se limitó el margen de intermediación hasta un sesenta por ciento (60%) para toda la cadena.

1.2.2. Violación al derecho de propiedad

Quedó siempre claro que el proyecto de Hugo Chávez no respetaría la propiedad privada garantizada en el artículo 115 de la constitución. Expropiaciones, intervenciones, rescate de tierras, confiscaciones, ocupaciones, cierres, invasiones, saqueos han sido generalizadas en este período revolucionario.⁶¹

El artículo 115 de la Constitución establece que todo particular, titular del derecho de propiedad, tiene la facultad de usar, gozar, disfrutar y disponer de sus bienes; y para garantizar el ejercicio de los atributos del derecho, indica que *“sólo por causa de utilidad pública o social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podría ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”*.

Así, el mecanismo de tutela del derecho de propiedad está concretado en la garantía expropiatoria, que no es más que la manifestación del derecho a no ser desposeído de la propiedad sino mediante la expropiación, en los términos y condiciones consagrados en la Constitución⁶², es decir, a través de la declaratoria de utilidad pública o de interés social del bien a expropiar, sentencia firme y el pago de una justa y oportuna indemnización.

No obstante la garantía al derecho de propiedad, ha habido muchas expropiaciones de hecho. Expropiaciones sin procedimiento y sin que medie indemnización. Especialmente expropiaciones sobre fincas agropecuarias, terrenos urbanos, hatos⁶³, fábricas de papel (Venepal),

⁶¹ Cfr. Página web del Observatorio de Derechos de Propiedad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico: <http://paisdepropietarios.org/propietariosve/>

⁶² Vid. BADELL MADRID, Rafael, “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad y la jurisprudencia sobre la materia en Venezuela.”, conferencia dictada en las XI Jornadas Jurisprudenciales en Derecho Administrativo. Universidad de Yacambú. Barquisimeto. 15 Noviembre 2014. Disponible en: <http://badellgrau.com/?pag=205&ct=1745>

⁶³ Es el caso de la “intervención” del Ejecutivo Nacional de tierras del dominio público de la República que, al decir del Ejecutivo, están ocupadas ilegalmente por lo que no procede jurídicamente la expropiación (como procedería de tratarse de propietarios), sino la intervención para luego rescatar y destinar a fines agrarios.

Entre estos casos podemos mencionar, como lo hacen Antonio Canova, Luis Alfonso Herrera Orellana y Karina Anzola Spadaro, la intervención de los hatos: 1) El Charcote (Estado Cojedes, 08-01-2005); 2) Hato Piñero (Estado Cojedes, 15.02.2005); 3) La Marquesaña (Estado Barinas, 18.09.2005); 4) Hato Guanayen-Los Guayeros (10.02.2016); 5) Hacienda Bucarito (Estado Lara, 29.06.2006); 6) Hato Calleja (Estado barinas, 12-07-2006); 7)

bancos⁶⁴, empresas telefónicas (CANTV), empresas de electricidad (ELECAR), centrales azucareros, cadenas de supermercados, galpones, centros comerciales (Sambil La Candelaria), productoras de café (Fama de América), sistema de transporte marítimo (Conferry), e inclusive marcas comerciales⁶⁵.

De otra parte, el Estado ha utilizado la figura de la reserva de actividades, no solo para excluir la libre iniciativa de los particulares, en determinadas actividades comerciales, sino para tomar posesión, sin procedimiento expropiatorio ni garantías judiciales, de empresas relacionadas con bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos⁶⁶; de las empresas que operaban en el sector de

Agropecuaria Buena Vista, Agropecuaria Montaña del Orinoco, Agropecuaria la Atascosa (Todos ubicados en el Estado Aragua e intervenidos en fecha de 25.03.2007); Hato La Yaguüita, Hato El Caribeño, Hato las Mercedes, Hato Bartolero, Hato San Gregorio El Viejo, Hato Cabuyare, Hato Coronero (Estado Apure, 25.03.2007); Hatos Las Cunaguaras, Hato la Esperanza, Hato San Francisco (estado Apure, 25.03.2007); Hato La Viereña (Estado Apure, 25.03.2007), Fundo Agrobárbara (Estado Barinas 25.03.2007), Fundo Sucesión Bolívar (Estado Portuguesa), Fundo Arrecife Los González (Estado Guárico), (25.03.2007); Hato Caroní (Estado Barinas 09.03.2009); Hato Tamarindo (Estado Barinas, 09.03.2009), Hato El Piñal (Estados Lara y Portuguesa 06.03.2009); Finca El Maizal (Estado Lara, 06.03.2009); Hato Santa Cruz (Estado Barinas, 25.03.2009); Hato Morichalito (Estado Apure, 11.05.2009); Hacienda Santa Clara (Estado Carabobo, 02.05.2009); Haras San Isidro (Estado Carabobo, 20.04.2009); Haras Gran Derby (Estado Carabobo, 20.04.2009), Haras La Primavera (Estado Carabobo 20.04.2009); Haras La Quebrada (Estado Aragua 20.04.2009); Hacienda Santa Teresa (Estado Aragua, 20.04.2009). Vid. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio; HERRERA ORELLANA, Luis A.; y ANZOLA SPADARO, Karina, “ ¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual), Universidad Católica Andrés Bello, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2009. P.116.

⁶⁴ BanPro, Banco Bolívar, Banco Canarias, Banco Confederado, BaNorte, Banco Comercial C.A; Central Banco Universal; Baninvest, Banco de Inversión C.A; Banco Real, Banco de Desarrollo; Bancoro C.A Banco Universal; Banco del Sol, Banco de Desarrollo C.A, InverUnión Banco Comercial C.A, Helm Bank Venezuela S.A Banco Comercial; Banco Federal C.A; Banco Casa Propia; Casa Propia Entidad de Ahorros y Préstamo; Banvalor Banco Comercial C.A.

⁶⁵ Vid. DELGADO, Francisco, “Chavismo y derecho”, ob. Cit. Pp. 124 y 125.

⁶⁶ Mediante el artículo 2 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos, y Resolución Nro. 054 del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, pasaron a manos del Estado, sin procedimiento expropiatorio alguno, 39 empresas del sector privado en la referida materia, que comprendía: 1. Inyección de agua, de vapor o gas que permitan incrementar la energía de los yacimientos y mejorar el recobro, 2. Compresión de gas, 3. Los vinculados a las actividades en el Lago de Maracaibo: lanchas para transporte de personal, buzos y mantenimiento, barcazas con

transformación de hierro⁶⁷ y de empresas de la industria de fabricación de cemento.⁶⁸

Una manifestación grotesca del desprecio a la propiedad privada, es el llamado del Presidente al pueblo a tomar las viviendas que no se encuentren ocupadas. En fecha 28 de mayo de 2018, el Presidente informó de la aplicación del Plan “ubica tu casa”, el cual, según sus propias palabras “*será a partir de junio*” y consistirá en apropiarse de “*las casas que han dejado los apátridas que han dejado el país*”, y del cual “*será beneficiado*” “*todo el que tenga carnet de la patria*”.

grúas para transporte de materiales, diésel, agua industrial y otros insumos, remolcadores, gabarras planas, boyeras, grúas, de ripio, de tendido o reemplazo de tuberías y cables subacuáticos, de mantenimiento de buques en talleres, muelles y diques de cualquier naturaleza. Vid. GRAU, María A., “Empresa Pública y Contratación Administrativa en Venezuela...”. Ob. Cit.

⁶⁷ Los Decretos Nos. 695 y 697, declararon la afectación de dos empresas a los fines de su expropiación con base a la reserva previa de la actividad dispuesta en la Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que desarrollan actividades en el sector siderúrgico en la Región Guayana, la cual reservó al Estado la industria de la transformación del mineral del hierro en dicha zona del país (a pesar de que dichas empresas ya habían sido ocupadas en el año 2009, mucho antes de su afectación y sin procedimiento expropiatorio ni pago de indemnización alguna). De esta forma, conformidad con el artículo 2 de la mencionada Ley se ordenó “... la transformación de la sociedad mercantil SIDOR C.A., sus empresas filiales y afiliadas, en empresas del Estado de conformidad con lo previsto en el artículo 100 de la Ley Orgánica de Administración Pública, con una participación estatal no menor del 60% de su capital social”. De igual forma se declaró de utilidad pública y de interés social las actividades que desarrolla la sociedad mercantil SIDOR C.A., sus empresas filiales y afiliadas, así como las obras, trabajos y servicios que fueran necesarios para realizarlas. Cabe destacar que posteriormente dicha Ley fue utilizada para la apropiación de otras empresas del sector, entre las que se pueden mencionar Venprecar y Orinoco Iron, las cuales pasaron a manos estatales aun antes de haberse declarado su expropiación (e incluso a pesar de haber demandado la nulidad de tales actos por ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia)

⁶⁸ El Presidente de la República dictó el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas Productoras de Cemento, mediante el cual el Estado se reservó la industria de fabricación de cemento en la República, por razones de conveniencia nacional y “en virtud de su vinculación con actividades estratégicas para el desarrollo de la Nación”. El artículo 2 de dicha Ley ordenó la transformación de las sociedades mercantiles CEMEX VENEZUELA, S.A.C.A. (Cementos Mexicanos), HOLCIM VENEZUELA, C.A. (empresa cementera suiza) y, C.A. FÁBRICA NACIONAL DE CEMENTOS S.A.C.A. (que era el GRUPO LAFARGE DE VENEZUELA, cementera francesa), sus empresas filiales y afiliadas, en empresas del Estado conforme al artículo 100 y siguientes de la Ley Orgánica de la Administración Pública, con una participación estatal no menor del 60% de su capital social. Así también, se declaró de utilidad pública y de interés social de las actividades que desarrollan las mencionadas personas jurídicas.

1.3. Violaciones a la libertad

A los fines de lograr la dominación del adversario político se ha desarrollado un “derecho penal del enemigo”⁶⁹. Se ha dictado una legislación penal dirigida a sancionar la disidencia política. Legislación contraria a lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución. Legislación que invierte la presunción de inocencia, que viola el principio del juez natural, y otras garantías.

En efecto, como lo señala Daniel Badell, *“forman parte de nuestro sistema penal sustantivo un (1) instrumento jurídico que prevé tipos penales principales y otros setenta y seis (76) que establecen tipos penales colaterales, que en su conjunto agrupan novecientos cincuenta y tres (953) tipos penales, cifra record para cualquier ordenamiento jurídico en el mundo”*⁷⁰.

Legislación cada vez más frecuente que consagra normas penales en blanco y tipos penales indeterminados y no exhaustivos: traición a la patria (Ley del Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia), asociación para delinquir (Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo), delitos de odio, delitos cambiarios (Ley Contra los Ilícitos Cambiarios; Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos), usura (Ley de Precios Justos), contrabando (Ley Contra el Delito de Contrabando), monopolio (Ley Antimonopolio), corrupción (Ley contra la Corrupción; Ley del Cuerpo Nacional contra la Corrupción).

Este nuevo derecho penal está hecho para perseguir y criminalizar a los empresarios, dirigentes políticos, estudiantes, abogados defensores, periodistas y, en general, todo aquel que disienta del régimen.

1.3.1. Uso de la justicia militar para perseguir la disidencia

El poder judicial, especialmente la jurisdicción penal, se ha convertido en el instrumento de criminalización de la disidencia política.

⁶⁹ Vid. FERNÁNDEZ, Fernando, “Estado Dual o anómico: efectos corruptentes Un caso, una lección: La justicia penal en Venezuela bajo el Estado Dual y el derecho penal del enemigo”, Editorial Académica Española, 2018.

⁷⁰ BADELL PORRAS, Daniel, “Intensificación del control penal sustantivo ante el descontrol social”. Artículo elaborado en colaboración al Observatorio venezolano de Prisiones. Caracas, 2017. Disponible en: <http://www.badellgrau.com/?pag=43&ct=2137>

En lo muy pocos casos en que los órganos del estado no se han prestado a colaborar en la criminalización de la disidencia política, se ha utilizado la justicia militar, a pesar que de conformidad con lo establecido en el artículo 261 de la Constitución, esa justicia militar está limitada, exclusivamente, a los delitos de naturaleza militar, es decir, a las infracciones a los deberes de disciplina, obediencia y subordinación, a cargo de miembros activos de la Fuerza Armada y por lo tanto nunca de civiles.

La aplicación de la justicia militar a civiles configura una grave violación de los derechos constitucionales y humanos, al debido proceso, al juez natural, a la independencia e imparcialidad de la justicia y a la libertad e integridad personal⁷¹.

De conformidad con lo establecido en el art. 261 de la Carta Magna, “la competencia de los tribunales militares se limita a delitos de *naturaleza militar*”. Los delitos de naturaleza militar son las infracciones a los deberes de *disciplina, obediencia y subordinación*, a cargo de miembros activos de la Fuerza Armada y por lo tanto nunca de civiles.

Así lo ha establecido la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia bajo la Constitución de 1999; e incluso antes de ello, bajo la Constitución de 1961, decisiones de la Sala de Casación Penal, sin norma expresa, ya se habían pronunciado sobre la materia al excluir a civiles de la justicia militar, como en el caso de la periodista María Eugenia Díaz. Igualmente, la Sala Constitucional en la sentencia 838 del 24 de abril de 2002, al resolver una acción de amparo relacionada con un proceso penal seguido en la jurisdicción penal militar a un militar retirado, expresó:

“Para esta Sala, la justicia militar sólo se aplica a delitos de naturaleza militar, perpetrados por militares en servicio activo, tanto para la oportunidad en que se cometan, como para la fecha de su juzgamiento”.

⁷¹ Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la aplicación de la justicia militar a civiles, del 16 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/20052017171841_PRONUNCIAMIENTO%20SOBRE%20JURISDICCION%20MILITAR%202017.pdf

1.3.2. Persecución política

La persecución política comenzó muy pronto en el gobierno de Chávez. Presos políticos, perseguidos, población herida y asesinada, producto del desproporcionado e irracional uso de la fuerza pública en la represión de las manifestaciones, lo cual incluye el uso de armas de fuego, torturas y tratos crueles e inhumanos, además de la desaparición forzosa de personas (todos estos medios expresamente prohibidos en el ordenamiento jurídico venezolano)⁷².

Es este el tipo de Estado populista de izquierda radicalizada, como lo explica el profesor Cassagne en Argentina, en donde la estrategia política precisa contar con grupos y fuerzas de choque para mantenerse en el poder, apelando a la violencia física y el control de la calle (piquetes, cortes de ruta, etc.)⁷³.

Desde el año 2002⁷⁴, la situación de los presos políticos es crítica y enteramente violatoria de los derechos humanos. En efecto, las circunstancias en las que se encuentran los presos políticos en Venezuela, están caracterizadas por irregularidades, abusos, torturas, tratos crueles e inhumanos por parte de los órganos coercitivos del gobierno.

Los presos políticos han sufrido todo tipo de vejaciones, excesos, abusos, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Han sido torturados física y mentalmente. Han sido privados de todo tipo de comunicación con sus abogados y familiares; del acceso a alimentos y ropa limpia, medicamentos y tratamientos médicos.

Se les ha privado del debido proceso, han sido objeto, por años, de retardos procesales como la falta de traslado a las audiencias y centros

⁷² Vid. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la Resolución No. 008610 dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa del 23 de enero de 2015, disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/comunicado-academia-FANB-manifestaciones.pdf>; y Declaración de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la politización de la fuerza armada nacional y la amenaza del uso desproporcionado de la fuerza pública, de fecha 18 de abril de 2017, disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20ACPS%2018042017%20def..pdf>

⁷³ Vid. CASSAGNE, Juan C., “El estado populista”, Ob. cit. p. 22

⁷⁴ “En Venezuela hay presos políticos desde el año 2002. Los policías metropolitanos injustamente acusados por los sucesos del 11 de abril son los primeros presos políticos de este régimen”, vid. Arube Pérez “En Venezuela hay presos políticos desde el año 2002”, en El Carabobeño, el Diario del Centro, 27 de mayo de 2018, disponible en: <https://www.el-caraboben.com/arube-perez-en-venezuela-hay-presos-politicos-desde-el-ano-2002/>

asistenciales de salud, el incumplimiento de las boletas de excarcelación dictadas por tribunales, tanto en los centros penitenciarios como en las sedes del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN).

La persecución política se manifiesta también a través del hostigamiento y persecución a través de medios de comunicación a políticos disidentes, destitución inconstitucional de cargos de elección popular, inhabilitación política, violación de la inmunidad parlamentaria, injerencia en funciones públicas, allanamientos irregulares a la propiedad privada etc.⁷⁵.

Como lo reseña la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 2016 estuvo caracterizado por una ola de detenciones y apertura de procesos contra miembros de partidos de la oposición, y en el 2017, esta situación se agravó hasta alcanzar niveles nunca antes vistos en Venezuela. En efecto, en el contexto de las manifestaciones públicas llevadas a cabo en el año 2017, un gran número de alcaldes, gobernadores y diputados de oposición fueron perseguidos, destituidos y privados de libertad⁷⁶, mediante decisiones emanadas de tribunales de la República en entera contradicción con el derecho al debido proceso y que han impedido el ejercicio de sus funciones⁷⁷.

En un reciente informe de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela⁷⁸, las cifras que se reúnen de asaltos a los derechos humanos producto de la represión a la disidencia política son trágicas:

⁷⁵ Informe “Institucionalidad democrática, estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de país”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf> p. 94.

⁷⁶ De acuerdo a la información disponible, al 11 de agosto de 2017, 39 de los 77 alcaldes de oposición habrían sido objeto de actos de persecución política por parte del Gobierno. Vid. “Institucionalidad democrática, estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de país”, ob. cit. p.94.

⁷⁷ En este caso, llama la atención que por el incumplimiento de dichas sentencias que restringen la libertad de expresión y el derecho a manifestar pública y pasivamente, se haya declarado en desacato y, posteriormente, se haya inhabilitado, destituido y ordenado la aprehensión de alcaldes y gobernadores, afectando seriamente además los derechos políticos de estos alcaldes, así como los de las personas que votaron para elegirlos.

⁷⁸ Vid. Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del panel de expertos internacionales independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela, Washington D.C., 29 de mayo de 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>

131 víctimas de asesinatos que tuvieron lugar durante las protestas de 2014 y 2017, perpetrados por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado y/o los *colectivos*.

8.292 ejecuciones extrajudiciales documentadas desde 2015.

Más de 12.000 venezolanos arbitrariamente detenidos, encarcelados o sujetos a otras severas privaciones de libertad física desde las elecciones presidenciales de 2013.

Más de 1.300 presos políticos: personas que han sido o aún están detenidas por su oposición al gobierno.

Asimismo, el informe identificó un patrón generalizado y sistemático de abuso dirigido a un segmento identificado de la población civil en Venezuela.

1.4. Política de aislamiento internacional

Para evitar la reacción y protección de la comunidad internacional, se ha llevado adelante una política de aislamiento internacional. Alegando el “*derecho del pueblo venezolano a decidir las orientaciones estratégicas de la vida económica y social de la nación*”, desde el año 2006, con la separación de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), se inició un proceso de desvinculación política, económica y social de Venezuela con el resto del mundo, así como de estancamiento jurídico⁷⁹ y político.

Ejemplos del aislamiento de Venezuela en el ordenamiento jurídico-económico internacional son la denuncia del Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, en el año 2008⁸⁰ y la denuncia del convenio por medio del cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el 2012.

⁷⁹ La denuncia de la CAN no solo representó para Venezuela un retroceso en el proceso de integración y desarrollo económico establecido en el artículo 153 constitucional, sino que también constituyó una pérdida importante en la actualización y progresividad de la protección de derechos económicos. Ejemplo de ello lo es el régimen de la propiedad intelectual que, tras la salida de la CAN, volvió a estar regulado en Venezuela por una Ley que data del año 1956, sometiendo a los ciudadanos a las políticas públicas que se dictan de manera aislada –y a veces hasta arbitrarias– por el Poder Ejecutivo.

⁸⁰ Denuncia por medio de la cual se privó a los inversionistas extranjeros de la protección de dicho convenio en los bienes acciones, bonos, activos dinerarios y económicos, derechos de propiedad intelectual e industrial y derechos de concesión que fueron otorgados en Venezuela.

De otra parte, constituyen muestras de la desprotección internacional de las garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos venezolanos, la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), Pacto de San José) en el año 2012⁸¹, y el retiro de Venezuela de la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante la denuncia de la Carta de dicha Organización el 27 de mayo de 2017⁸².

Ratificamos que esos convenios internacionales sobre derechos humanos válidamente suscritos por Venezuela, forman parte de la Constitución (artículo 23⁸³), y que por ello, esas denuncias son inconstitucionales y no tienen efecto alguno.⁸⁴

⁸¹ La denuncia de la CADH, es un hecho de gravísimas repercusiones nacionales e internacionales, por afectar injustificadamente el derecho de todas las personas a su protección internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos) y configura además una violación de las obligaciones de fortalecer los mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos asumidas por el Estado venezolano frente a la Organización de Naciones Unidas (ONU) y ante otros foros internacionales (Unasur, Mercosur). En efecto, conforme a la denuncia de la CADH, y a partir de su entrada en vigencia en el año 2013, las violaciones a los derechos humanos que pudieran ocurrir en Venezuela no podrían ser conocidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que significa que, los habitantes de Venezuela perderían una instancia de protección de sus derechos humanos, quedarían más vulnerables a los abusos y tendrían menos recursos disponibles para defenderse. Vid. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el retiro de Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de fecha 14 de mayo de 2012. Disponible en: [http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20ACADEMICA%20retiro%20CIDH%20\(rev\).pdf](http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20ACADEMICA%20retiro%20CIDH%20(rev).pdf)

⁸² La denuncia de la Carta de la Organización de Estados Americanos representa también un hecho de graves repercusiones nacionales e internacionales, ya que afecta, no solo todo un conjunto de instrumentos jurídicos, de organismos especializados interamericanos y de agencias interamericanas en las más variadas materias, que forman parte del ordenamiento jurídico de las naciones civilizadas y de la cooperación internacional, sino la privación de los ciudadanos venezolanos de sus derechos fundamentales. Vid. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la inconstitucional e ilegítima denuncia realizada por el presidente de la república respecto de la carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), de fecha 04 de mayo de 2017, disponible en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20sobre%20denuncia%20Carta%20de%20la%20OEA.%20\(0317338xC4456\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20sobre%20denuncia%20Carta%20de%20la%20OEA.%20(0317338xC4456).pdf)

⁸³ Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

⁸⁴ En efecto, la Carta de la OEA forma parte e integra el “bloque de la constitucionalidad”, por lo que no se puede derogar ni denunciar (artículo 333, Constitución) sino mediante la enmienda o la reforma de la propia Constitución.

2. Ruptura del Estado de derecho por la Asamblea Nacional

Además de la legislación dictada contraria a la Constitución y de las habilitaciones legislativas otorgadas al Presidente de la República, desde la Asamblea Nacional se llevó adelante la trama destinada a acabar con el estado de derecho en Venezuela. La contribución más importante al régimen en el propósito de concentrar todos los poderes y la eliminación de todos los controles, se hizo a través de la designación de los miembros de los órganos del poder público: Poder Ciudadano, Electoral y Judicial. Se designaron, con prescindencia total del procedimiento constitucional, personas comprometidas políticamente con el régimen, con lo cual se eliminó toda posibilidad de que funcione el mecanismo de control y colaboración entre los poderes públicos, establecido en la Constitución.

La más flagrante violación en este sentido ocurrió en diciembre de 2015 cuando la Asamblea Nacional, a pocos días de finalizar el período constitucional, designó 13 Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. Esas designaciones fueron totalmente inconstitucionales por cuanto no se cumplió el procedimiento constitucional y legalmente establecido para ello y ninguno de los elegidos cumple con los requisitos establecidos por la constitución y la ley.

3. Dictadura judicial

Desde el Tribunal Supremo de Justicia, y en especial desde su Sala Constitucional, se ha contribuido también al establecimiento de la dictadura que vive Venezuela desde 1999.

Hugo Chávez entendió que un poder judicial imparcial e independiente, con jueces comprometidos con la misión de hacer respetar la Constitución y la leyes y someter el ejercicio del poder a derecho, significaría un obstáculo insalvable para desarrollar su proyecto autocrático y totalitario, por lo cual era menester tener el control del poder judicial que sería quien legitimaría todo el desmontaje de las instituciones del Estado de Derecho⁸⁵.

⁸⁵ RUAN SANTOS, Gabriel. “El secuestro del Tribunal Supremo de Justicia”, ob. Cit.

Ilustrativas sobre este fenómeno propio del Estado populista son las palabras del profesor Cassagne, quien expone que *“cuando se descubre y se quita el velo democrático que pretende ocultar sus rasgos totalitarios, el rostro del Estado Populista se muestra tal cual es, o sea, como una construcción colectiva que ataca, en forma virulenta, la independencia de los jueces a fin de encubrir la corrupción generalizada que padece”*⁸⁶.

De esta forma, el juez que es, conforme a la Constitución (artículos 334 y 335), el garante del Estado de derecho, y a quien corresponde defender la supremacía de la Constitución, ha sido el instrumento de facilitación de la actuación totalitaria del Gobierno.⁸⁷

El Tribunal Supremo de Justicia, y en general toda la estructura del poder judicial, está compuesto por personas comprometidas políticamente con la instauración del régimen totalitario que padece Venezuela.

Los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia -muchos ellos elegidos sin cumplir con los requisitos constitucionales para su designación-⁸⁸ abiertamente militantes y defensores de la acción del Gobierno, han distorsionado y manipulado la interpretación de la Constitución en obsequio del ejercicio del poder sin límites por parte del poder ejecutivo. Se ha establecido una *“...dictadura judicial con centro en la jurisdicción constitucional –al servicio del partido de gobierno, claro está– la cual, a partir del ejercicio del control constitucional sobre todos los poderes públicos y sobre la conducta de los ciudadanos y el apoyo de los demás poderes constitucionales subordinados al*

⁸⁶ Cfr. CASSAGNE, Juan C., “El estado populista”, Ob. cit. P. 20

⁸⁷ En este sentido, *“Se ha desmontado el control jurisdiccional del poder con repercusiones nefastas sobre la seguridad jurídica, la legalidad, el Estado de derecho y la democracia. Desde los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia hasta el último tribunal de municipio han dejado de funcionar de forma independiente, objetiva y eficazmente. Los jueces están cooptados por el régimen y partido de Gobierno; al igual que la actual Fiscalía General de la República, los órganos de policía científica (CICPC) y política (SEBIN), articulándose únicamente como forma de represión y persecución de la disidencia política, en grave restricción de las libertades públicas de pensamiento, de expresión y del pluralismo político e ideológico. Tal es la paradoja que, hasta el propio “Defensor del Pueblo” se ha convertido en un defensor de las tropelías del régimen y partido de Gobierno y no de los derechos de la ciudadanía”, vid. ROMERO-MUCI, Humberto, “Desinstitucionalización y desigualdad desde el estado: el caso venezolano”. Ob. cit.*

⁸⁸ Única forma que tiene el Ejecutivo para tomar el control absoluto de esa instancia judicial suprema.

Ejecutivo, ha concentrado una masa de competencias y prerrogativas nunca vistas en la historia nacional⁸⁹.

En efecto, en completa oposición a la separación de poderes, esta justicia ha pretendido legitimar la razón populista y el decisionismo de un líder hegemónico y sus colaboradores, con el objeto de garantizarles una impunidad que, de ordinario, nunca obtendrían⁹⁰.

La dictadura judicial instaurada por el Tribunal Supremo de Justicia, desde diciembre de 1999, si bien ha demostrado su sujeción al gobierno y a las instancias que políticamente lo sostienen, ha actuado con mayor fuerza, descaro y despropósito desde diciembre de 2015, cuando ocurrió el triunfo de la oposición democrática, en la elección para la nueva conformación de la Asamblea Nacional.

Así pues, a partir del 6 de diciembre del año 2015, el gobierno pasó de tener el control absoluto del órgano legislativo nacional a una muy poca representación. Dentro del estado democrático y de derecho lo razonable habría sido que, después de 15 años de control absoluto de todos los poderes públicos, el gobierno hubiera propiciado la cohabitación política⁹¹, lo que habría permitido la correcta separación de poderes y el adecuado ejercicio de las funciones constitucionalmente atribuidas a cada uno de los poderes públicos (Ejecutivo y Legislativo)⁹².

Sin embargo, y esa fue la función de la Sala Constitucional, se escogió la vía de desconocer la voluntad popular y pocos días después de las elecciones del 6 de diciembre de 2015, comenzó una nueva etapa de la dictadura caracterizada por la utilización sistemática del

⁸⁹ RUAN SANTOS, Gabriel, Ob. cit.

⁹⁰ Vid. CASSAGNE, Juan C., “El estado populista”, Ob. cit. Pp. 20-21

⁹¹ La “cohabitación política”, según explica José Amando Mejía, “es una delicada y complicada situación constitucional, típica de los sistemas presidenciales con una separación rígida de poderes, que, como lo ha señalado la doctrina y la experiencia internacional es muy difícil de manejar y requiere, por lo tanto, la presencia de hombres con envergadura política, experiencia en el manejo de los asuntos públicos, capaces profesionalmente y respetuosos del Estado de derecho, que actúen con lucidez institucional y realidad democrática. Vid. MEJÍA BETANCOURT, José A., “El reconocimiento internacional del Tribunal Supremo de Justicia en el exilio”.

⁹² Y que de haberse respetado, hubiera podido constituir el comienzo, dentro del Estado de derecho, de una transición política ordenada, ya que el pueblo había decidido que se compartiera el ejercicio del poder político en Venezuela entre el gobierno y la oposición democrática. MEJÍA BETANCOURT, José A., Ob. Cit.

Tribunal Supremo de Justicia “*como instrumento primordial para intentar una falsa consolidación institucional, crear una engañosa y aparente fachada jurídica y violar abierta y sistemáticamente la Constitución haciéndole perder su efectiva vigencia*”⁹³.

Así pues, la lucha política contra la Asamblea Nacional con mayoría opositora, pasó a protagonizarla la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través de decisiones políticas y contrarias a la Constitución, que han tenido como fin último limitar, cercenar y suprimir las facultades constitucionales⁹⁴ de la Asamblea Nacional⁹⁵.

Esta “*...demolición institucional del Parlamento, por obra de la cohesión del Poder Ejecutivo Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia, ha tenido múltiples vías o manifestaciones: la declaración de desacato permanente de la Asamblea Nacional, el bloqueo total de la potestad legislativa de la Asamblea Nacional, el socavamiento de las facultades constitucionales de control e investigación del órgano parlamentario, el asedio económico, el desconocimiento de la inmunidad de los diputados y de la inviolabilidad de la sede del Poder Legislativo*”⁹⁶.

En efecto, desde el desconocimiento de los parlamentarios elegidos por el Estado Amazonas, por parte de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia a través de unas medidas cautelares establecidas en sentencia del 30 diciembre de 2015 que ordenó -con el fin de evitar

⁹³ MEJÍA BETANCOURT, José A., Ob. Cit.

⁹⁴ vid. RUAN SANTOS, Gabriel, “El secuestro del Tribunal Supremo de Justicia”. Ob. cit.

⁹⁵ Juntando más de cincuenta sentencias de la Sala Constitucional en estricta extralimitación de sus poderes jurisdiccionales para privar a la Asamblea Nacional de sus competencias constitucionales, pueden mencionarse las siguientes: 1.778/2015; 7/2016; 9/2016; 184/2016; 225/2016; 259/2016; 264/2016; 269/2016; 274/2016; 327/2016; 341/2016; 343/2016; 411/2016; 460/2016;473/2016; 478/2016;614/2016; 615/2016; 618/2016; 797/2016; 808/2016; 810/2016; 814/2016; 893/2016; 907/2016; 938/2016; 939/2016; 948/2016; 952/2016; 1.012/2016; 1.103/2016;1.014/2016; 1.086/2016; 2/2017; 3/2017; 4/2017; 5/2017; 6/2017; 7/2017; 88/2017; 90/2017 y 113/2017. Vid. Hernández, José I., “Sobre el inconstitucional exhorto del Consejo de Defensa Nacional al TSJ”, en Prodavinci, 1 de abril de 2017, en [http://prodavinci.com/blogs/sobreel-inconstitucional-exhorto-del-consejo-de-defensa-nacional-al-tsj-por-jose-ignacio-hernandez/...](http://prodavinci.com/blogs/sobreel-inconstitucional-exhorto-del-consejo-de-defensa-nacional-al-tsj-por-jose-ignacio-hernandez/), cit. en BREWER-CARIAS, Allan, “El golpe de Estado judicial continuado, la no creíble defensa de la Constitución por parte de quien la despreció desde siempre, y el anuncio de una bizarra “revisión y corrección” de sentencias por el juez constitucional por órdenes del Poder Ejecutivo (secuelas de las sentencias no. 155 y 15 6 de 27 y 29 de marzo de 2017””, p .7.

⁹⁶ Ibidem.

que la oposición tuviera mayoría calificada-⁹⁷ la suspensión “*provisio-
nal*” de la proclamación hecha por el Consejo Nacional Electoral de los
candidatos electos en el estado Amazonas para la Asamblea Nacional,
el Poder Judicial se ha encargado de disminuir la actuación de la Asam-
blea Nacional.

Posteriormente, la Sala Electoral en sentencia del 11 de enero del
año 2016 ordenó a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional desin-
corporar inmediatamente a los diputados electos por el estado Amazo-
nas, y además declaró “*absolutamente nulos*” los actos de la Asamblea
Nacional que se hayan dictado o se dictaren, mientras se mantenga la
incorporación de dichos ciudadanos, declarando en esta oportunidad en
“desacato” a la Asamblea Nacional.

A partir de allí la Sala Constitucional ha dictado, durante los años
2016, 2017 y 2018, un gran número de sentencias enteramente incons-
titucionales, todas dirigidas a limitar las competencias de legislación y
control de Asamblea Nacional.

Veamos alguna de ellas:

3.1. Desconocimiento de los poderes de control político de la Asamblea Nacional

En usurpación y supresión de las funciones de control de la Asam-
blea Nacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

- Liberó a los ministros de la obligación de comparecer ante la
Asamblea Nacional, restringió las potestades de control político de la
Asamblea Nacional sobre el gobierno y la administración pública so-
metiéndolo al control del Vicepresidente Ejecutivo y negó la potestad
de la Asamblea Nacional sobre sus propios actos (sentencia N°9 del 1°
de marzo de 2016);

- Aprobó el endeudamiento del Banco Central de Venezuela, sin la
autorización de la Asamblea Nacional (sentencia N° 618 del 20 de julio
de 2016);

⁹⁷ En las elecciones de la Asamblea Nacional para el período 2016-2021, la coalición de opo-
sición Mesa de la Unidad Democrática (MUD) obtuvo un total de 112 diputados, de un
total de 167, equivalentes a las dos terceras partes de esa Asamblea. Cabe destacar, con esa
mayoría calificada, la fracción parlamentaria de la MUD podía ejercer todas las funciones
constitucionales de la Asamblea Nacional.

- Autorizó al Presidente de la República, a rendir su mensaje anual, establecido en el artículo 237 de la constitución, ante el Tribunal Supremo de Justicia y no ante la Asamblea Nacional (sentencia N°03 del 11 de enero de 2017);

- Declaró inválidos y jurídicamente ineficaces los actos realizados en el marco de la investigación aprobada por la plenaria de la Comisión Permanente de Contraloría de la Asamblea Nacional, con ocasión de supuestas irregularidades ocurridas en la empresa Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA) (sentencia N° 88 del 24 de febrero de 2017);

- Declaró incompetente e inconstitucional a la Asamblea Nacional para recibir las memorias razonadas y suficientes del Vicepresidente Ejecutivo y de los ministros del gabinete ejecutivo sobre la gestión de sus despachos (sentencia N° 90 del 24 de febrero de 2017);

- Aprobó la constitución de empresas mixtas (Empresa Mixta PETROSUR, S.A.), en los términos establecidos por el Presidente de la República, usurpando las funciones de la Asamblea Nacional (sentencia N°533 del 10 de julio de 2017)

3.2. Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para legislar

La Sala Constitucional ha impedido la aplicación de todas⁹⁸ las leyes que, desde su nombramiento, ha sancionado la Asamblea Nacional en ejercicio de las competencias constitucionalmente y naturalmente atribuidas por el artículo 187, mediante las siguientes decisiones:

1) Sentencia N° 259 del 31 de marzo de 2016, que declaró inconstitucional la Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2.179 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela. La Sala declaró la nulidad de esa Ley al considerar que mediante ella se pretendía subordinar al Banco Central de Venezuela a la Asamblea (cuando lo que se hizo, en realidad, fue reproducir el contenido del Decreto-Ley de 2014).

⁹⁸ Respecto de la única Ley que, según la Sala, sí se ajusta a la Constitución, la Ley de bono para alimentos y medicinas a pensionados y jubilados, se anuló la disposición que ordenaba su entrada de vigencia inmediata (es decir, fue declarada “inaplicable” sentencia N° 327 de 28 de abril del 2016).

2) Sentencia N° 264 del 11 de abril de 2016, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional. La Sala Constitucional cuestionó la oportunidad de la amnistía, pese a que la amnistía es una competencia exclusiva de la Asamblea que no admite control judicial en cuanto a su oportunidad y mérito.

3) Sentencia N° 341 del 5 de mayo de 2016, por medio de la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

4) Sentencia N° 343 del 6 de mayo de 2016, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público.

5) Sentencia N° 460, del 9 de junio de 2016, en la cual la Ley especial para atender la crisis nacional de salud fue declarada inconstitucional.

6) Sentencia n° 938 del 04 de noviembre de 2016, mediante la cual declaró nulidad del acto legislativo que sancionó la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su contenido.

7) Sentencia n° 939 del 04 de noviembre de 2016, donde declaró inconstitucional la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

8) Sentencia n° 1012 del 25 de noviembre de 2016, declaró la nulidad del acto que sancionó la Ley para la Protección de la Remuneración y Defensa del Salario del Docente al Servicio de las Instituciones Educativas Oficiales Dependientes del Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal.

9) Sentencia n° 1013 del 25 de noviembre de 2016, declaró la nulidad del acto legislativo sancionatorio de la Ley de Educación Intercultural Bilingüe Indígena.

10) Sentencia n° 1014 del 25 de noviembre de 2016, declaró la nulidad del acto legislativo que sancionó la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, por desacato de decisiones judiciales.

11) Sentencia n° 1, del 6 de enero de 2017, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Reforma de la Ley Orgánica

del Ambiente, sancionada por la Asamblea Nacional en sesión ordinaria del 30 de noviembre de 2016.

12) Sentencia n° 383, del 31 de mayo de 2017, que declaró la nulidad del acto legislativo sancionatorio de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Policiales correspondiente al 21 de febrero de 2017.

3.3 Regulación del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional

La Sala Constitucional mediante la sentencia N° 269 de 21 de abril del 2016, suspendió distintos artículos del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional (luego de más de cinco años después de que su nulidad fuese invocada por entonces diputados de la oposición), y además asumió la atribución privativa de la Asamblea de dictar su propio régimen de funcionamiento, al crear nuevas normas, cambiando el régimen de las sesiones de la Asamblea y el procedimiento de formación de Leyes, para lo cual incluso llegó a crear un control inexistente en la Constitución, cual es la necesidad de conciliar, con el Poder Ejecutivo, la viabilidad económica de los Proyectos de Ley⁹⁹.

3.4. Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para improbar los estados de excepción decretados por el presidente de la República

La Sala Constitucional, en distintas ocasiones ha suprimido o desconocido el control de la Asamblea Nacional sobre los decretos de estado de excepción. Así pues, la Sala Constitucional:

En sentencia N° 04 del 20 de enero de 2016, avaló la constitucionalidad del Decreto N° 2.184 del 14 de enero de 2016¹⁰⁰, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, mientras que la Asamblea Nacional, en fecha de 22 de enero, improbó el mismo.

En sentencia N° 07 de fecha 11 de febrero de 2016, “interpretó” el artículo 339 de la Constitución y declaró que el control político de la

⁹⁹ De este modo, la Sala Constitucional no solo se sustituyó en la Asamblea al dictar sus normas internas de procedimiento, sino que además, pretendió subordinar la Asamblea al control político del Presidente, en violación del artículo 187, numeral 19, de la Constitución.

¹⁰⁰ Gaceta Oficial N° 6.214 extraordinario de 14 de enero de 2016.

Asamblea Nacional sobre los decretos del Ejecutivo Nacional que declaran estados de excepción no afecta la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica de los mismos, y que en cualquier caso, este control siempre puede ser objeto de revisión judicial por parte de dicha Sala¹⁰¹.

En la misma sentencia N° 07 de fecha 11 de febrero de 2016, declaró la nulidad del Acuerdo de la Asamblea Nacional de fecha 22 de enero de 2016, mediante el cual se desaprobó el Decreto No. 2.184 de emergencia económica del 14 de enero de 2016 y ratificó la “legitimidad, validez, vigencia y eficacia” de este.

A partir de dichas decisiones la Sala Constitucional inició una larga lista de sentencias declaratorias de la constitucionalidad de los decretos de estados de excepción dictados por el presidente de la República desde enero de 2016 y hasta mayo de 2018, denegando las facultades de control sobre los mismos de la Asamblea Nacional¹⁰².

3.5. Inconstitucionalidad de las sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional

En los días 27 y 29 de marzo de 2017, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia publicó las sentencias Nos. 155 y 156, respectivamente, mediante las cuales se atribuyó a sí misma competencias legislativas de la Asamblea Nacional y la facultad de delegarlas en quienes y cuando lo considere conveniente; atribuyó competencias legislativas al Presidente de la República y le ordenó ejercerlas por encima de la reserva de las competencias del órgano legislativo; y limitó la inmunidad parlamentaria, mientras permaneciera la llamada “situación de desacato” y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional.

- se atribuyó a sí misma competencias legislativas de la Asamblea Nacional y la facultad de delegarlas en quienes y cuando lo considere conveniente;

¹⁰¹ Vid. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la decisión de la Sala Constitucional relativa al control parlamentario de los decretos de estado de excepción, de fecha 25 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20ACPS%20sobre%20sentencia%20No.%207%20de%20la%20Sala%20Constitucional%20del....pdf>

¹⁰² Entre ellas las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nos. 4/2016 de 20-1-16; 7/2016 de 11-2-2016; 184/2016 de 17-3-2016; 411 del 19-05-16; 615 del 19-07-2016; 810 del 21-10-2016; 952 del 21-11-2016; 04 del 19-01-17.

En sentencia n° 156, mediante un recurso de interpretación del artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la Sala Constitucional, asumió inconstitucionalmente el ejercicio de todas las competencias del parlamento, en los siguientes términos:

*“mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho”*¹⁰³.

- atribuyó competencias legislativas al Presidente de la República y le ordenó ejercerlas por encima de la reserva de las competencias del órgano legislativo;

En sentencia N° 155, la Sala Constitucional, a través de medidas cautelares acordadas¹⁰⁴ le otorgó al presidente de la República la facultad para implementar medidas generales de índole económica, militar, penal, administrativa, política, jurídica y social, *“para evitar un estado de conmoción”*.

De otra parte, en la sentencia N° 156, la Sala Constitucional, le atribuyó la potestad de legislar al Poder Ejecutivo, en materias de la ley

¹⁰³ Como lo refiere el académico Brewer-Carías, “sin referencia alguna a la materia de hidrocarburos, la Sala Constitucional ratificó, irónicamente que “para velar por el Estado de Derecho” cuyos remanentes cimientos fueron pulverizados con la misma sentencia, que todas las competencias que la Constitución y las leyes atribuyen a la Asamblea Nacional, serán ejercidas directamente por la Sala Constitucional; y no sólo eso, también “por el órgano que ella disponga,” auto atribuyéndose un poder universal de delegar y disponer de las funciones legislativas de la Asamblea, y decidir a su arbitrio cuál órgano del Estado va a legislar en algún caso, o cuál órgano va a controlar, en otro” . Vid. BREWER-CARÍAS, Allan, “El reparto de despojos: La usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado. (Sentencia N° 156 de la Sala Constitucional)”, ob. cit. p. 299.

¹⁰⁴ Improcedentes de por demás dada la naturaleza propia que la figura representa en un juicio de mero derecho, e inclusive en un juicio que ya había culminado con la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad del acto impugnado. Vid. BREWER-CARÍAS, Allan, “La consolidación de la dictadura judicial: La Sala Constitucional, en un juicio sin proceso usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria, (Sentencia N° 155 de la Sala Constitucional)”, en Revista de Derecho Público N° 149-150, enero – junio 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Derecho Público, Caracas, 2017. Pp. 276-291. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/05/9789803654245-txt.pdf>

de Hidrocarburos, propias de la reserva legal (artículos 156.16 y 187.1), disponiendo que: “*sobre la base del estado de excepción*¹⁰⁵, *el Jefe de Estado podrá modificar, mediante reforma, la norma objeto de interpretación, en correspondencia con la jurisprudencia de este Máximo Tribunal (ver sentencia N° 155 del 28 de marzo de 2017)*”.

- limitó la inmunidad parlamentaria, mientras permaneciera la llamada “situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional”.

En sentencia nro. 155, la Sala Constitucional declaró la nulidad absoluta de un acto parlamentario¹⁰⁶ de la Asamblea Nacional dictado en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente atribuidas, y determinó dicho acto como “*traición a la patria*”, por lo que ordenó iniciar de oficio un proceso de “*control innominado de la constitucionalidad*”, desconociendo por completo la inmunidad parlamentaria (artículo 200 de la Constitución), y violando claramente el derecho a la defensa y al debido proceso (artículo 49 de la Constitución).

Las sentencias 155 y 156, pretendieron otorgar al Presidente de la República toda clase de poderes, en violación del principio de separación de poderes. Se pretendió deshacer el sistema de controles y contrapesos establecidos en la Constitución¹⁰⁷.

El asombro y rechazo, tanto a nivel nacional como internacional¹⁰⁸, que produjo la publicación de dichas sentencias nos. 155 y 156,

¹⁰⁵ Decretado inconstitucionalmente por la propia Sala Constitucional en la sentencia citada N° 155 del día anterior, 28 de marzo de 2017.

¹⁰⁶ Acuerdo en apoyo de la Aplicación del artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana de la OEA, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos para restituir el orden constitucional en Venezuela, aprobado por la Asamblea Nacional en fecha 21 de marzo de 2017. Vid. http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_e2ec6cee39175e9e932f6c4b1ced4813999e3e01.pdf

¹⁰⁷ Declaración de las Academias Nacionales ante las Sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional, de fecha 31 de marzo de 2017, Disponible en: www.acienpol.org.ve

¹⁰⁸ El Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos también se pronunció con ocasión a las sentencias de la Sala Constitucional, en su Resolución 1078 del 3 de abril de 2017, declarando lo siguiente: “Las decisiones del Tribunal Supremo de Venezuela de suspender los poderes de la Asamblea Nacional y de arrogárselos a sí mismo son incompatibles con la práctica democrática y constituyen una violación del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela [y que]. A pesar de la reciente revisión de algunos elementos de dichas decisiones, es esencial que el Gobierno de Venezuela asegure la plena restauración del orden democrático”. Vid: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-022/17

ocasionó que en fecha de 31 de marzo el Consejo Nacional de la Defensa venezolano -en exceso de sus funciones consultivas en materia de defensa (artículo 323 de la Constitución)-, “exhortó” a los Magistrados de la Sala Constitucional a “revisar” sus decisiones (una medida que tampoco está respaldada en el ordenamiento jurídico venezolano), con el fin de resolver un pretendido “impase” suscitado entre la Fiscalía General de la República, quien se había pronunciado públicamente días antes sobre la ruptura del orden constitucional que presentaban las sentencias nos. 155 y 156¹⁰⁹, y el Tribunal Supremo de Justicia, con el propósito de mantener la estabilidad institucional y equilibrio de poderes¹¹⁰.

Esta exhortación del Consejo Nacional de la Defensa, hizo notoria la injerencia flagrante de las competencias del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial.

Sobre todo porque dócilmente la Sala Constitucional acató el exhorto del Consejo Nacional de Defensa (como lo indica la Gaceta Oficial Nro. 41.127 de fecha 3 de abril de 2017¹¹¹) y mediante dos sentencias aclaratorias, números 157 y 158, de fecha 1 de abril de 2017, pretendió modificar las sentencias 155 y 156, respectivamente, y “corregir los excesos cometidos en ellas” (aunque sin enmendar los vicios estructurales que las afectan).

No es necesario enfatizar la violación del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil venezolano, el cual dispone que: “*Después de*

¹⁰⁹ Vid. Declaración de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la posición de la Fiscal General de la República y las aclaratorias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 4 de abril de 2017, disponible en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Sentencias%20155%20y%20156%20\(1\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Sentencias%20155%20y%20156%20(1).pdf)

¹¹⁰ Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Declaración sobre la posición de la Fiscal General de la República y las aclaratorias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, de fecha 04 de abril de 2017, disponible en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Sentencias%20155%20y%20156%20\(1\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Sentencias%20155%20y%20156%20(1).pdf)

¹¹¹ “El Tribunal Supremo de Justicia en consideración al exhorto efectuado por el Consejo de Defensa de la Nación ha procedido a revisar las decisiones 155 y 156, mediante los recursos contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, y en tal sentido, hoy son públicas y notorias sendas sentencias aclaratorias que permiten sumar en lo didáctico y expresar cabalmente el espíritu democrático constitucional que sirve de fundamento a las decisiones de este Máximo Tribunal”.

pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado... ”, y del artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo al cual las sentencias del máximo tribunal de la República no son susceptibles de ser revisadas ni modificadas¹¹².

4. Ruptura del Estado de derecho por el Consejo Nacional Electoral

El Poder Electoral ha sido un factor fundamental para la demolición del estado de derecho. La más resaltante característica del sistema electoral venezolano es que carece de autoridades imparciales e independientes que aseguren el ejercicio efectivo del derecho al voto¹¹³.

El Poder Electoral, desde el año 2000, ha estado conformado por rectores comprometidos políticamente con el régimen, sus autoridades han sido designadas con prescindencia del procedimiento establecido para ello en la Constitución.

¹¹² Como bien lo afirma el Profesor Brewer-Carías, la Sala Constitucional no cumplió con ninguno de los requisitos esgrimidos en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, sino que lo viola abiertamente, en ese sentido “con base en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el cual es aplicable supletoriamente a las causas que conoce este Máximo Tribunal, en concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala procede de oficio a aclarar”, estamos en presencia de la prohibida reforma y revocación de sentencias, y por lo tanto de la violación al debido proceso así como de un fraude a la Ley. En palabras de Duque Corredor, “la irrevocabilidad de las sentencias o la prohibición de revocarlas o reformarlas por el tribunal que las haya pronunciado, establecida en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil,” necesariamente debe implicar que “los jueces agotan su jurisdicción y por ende nada pueden añadir o quitar a sus sentencias;” [...] Por ello, nunca un tribunal, so pretexto de aclaratorias, puede revocar, transformar o modificar su fallo, lo que implica un fraude a la ley”. Vid. DUQUE CORREDOR, Román J., “Fraude procesal de los magistrados de la Sala Constitucional” 4 de abril de 2017, en <http://justiciayecologiaintegral.blogspot.com/2017/04/fraude-procesal-delosmagistradosde.html?spre=fb&m=1>. Cit. en BREWER-CARÍAS, Allan, “La nueva farsa del Juez Constitucional controlado: La inconstitucional y falsa “corrección” de la usurpación de funciones legislativas por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. (Sentencias N° 157 y 158 de 1° abril de 2017). Crónica actualizada al 5 de abril de 2017, 5 pm.”, en Revista de Derecho Público N° 149-150, enero – junio 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Derecho Público, Caracas, 2017. Pp. 313-325. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/05/9789803654245-txt.pdf>

¹¹³ Vid. Dictamen de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la necesaria independencia e imparcialidad del Consejo Nacional Electoral como garantía esencial para la realización de elecciones libres y democráticas, del 03 de marzo de 2018.

Los actuales rectores del Consejo Nacional Electoral, fueron nombrados por sus vínculos políticos con el Gobierno, en completa contravención del artículo 296 de la Constitución¹¹⁴, por un órgano incompetente para ello como lo es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹¹⁵.

La actuación del Consejo Nacional electoral se ha encaminado, siempre, a garantizar el triunfo del gobierno en toda contienda electoral o a impedir, diferir u obstaculizar los procesos electorales en los que claramente se veía una mayoría determinante contra el gobierno. Ese fue el caso de la solicitud de referéndum revocatorio contra el Presidente Chávez, que fue diferido y obstaculizado por el órgano electoral, que finalmente se llevó a cabo el 15 de agosto de 2004.

De la misma forma actuó cuando se solicitó el referendo revocatorio contra el Presidente Maduro en el año 2016, el cual si fue dramáticamente negado a través de argumentos inconstitucionales¹¹⁶.

Así mismo el poder electoral actuó en complicidad con el Presidente de la República en el llamado inconstitucional a una Asamblea

¹¹⁴ El artículo 296 de la Constitución determina que el Consejo Nacional Electoral “... *estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos tres (3) de ellos postulados por la sociedad civil, uno por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de la Universidades nacionales y uno por el Poder Ciudadano*”; y además que: “*Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral serán designados o designadas por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes*”. Según el dicho artículo 296 constitucional, los rectores del Consejo Nacional Electoral, durarán siete (7) años en el ejercicio de sus funciones y “*serán elegidos o elegidas por separado: los tres postulados o postuladas por la sociedad civil al inicio de cada periodo de la Asamblea Nacional, y los otros dos a la mitad del mismo*”.

¹¹⁵ En efecto, la arbitrariedad de la Sala Constitucional con el objeto de asegurar la permanencia del partido de gobierno en el poder, se ha auto atribuido en más de una ocasión, mediante sus propias decisiones la facultad constitucional y exclusivamente delegada a la Asamblea Nacional, de designar a los rectores del principal órgano del Poder Electoral. Vid. sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fecha 26 de diciembre de 2014 y del 13 de diciembre de 2016.

¹¹⁶ Tal es el caso presentado en el año 2016, cuando conforme a la reglamentación vigente, los partidos políticos de oposición agrupados en el partido MUD solicitaron al CNE la activación de los instrumentos necesarios para la recolección de las solicitudes de los electores inscritos en el Registro Electoral Nacional, a fin de que este procediera a convocar un referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República Nicolás Maduro. En ese momento se exigió el ejercicio de esta competencia obligatoria y, en tal virtud, el CNE en violación del contenido exacto del artículo 72, omitió realizar todos los trámites necesarios para que se convocara, de manera oportuna, el referendo revocatorio solicitado.

Constituyente, desde que lo procedente era llamar a un referendo consultivo, previo a la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente, a objeto de consultar al pueblo si estaba de acuerdo con ese llamado. Sin embargo, el poder electoral llamó a un proceso electoral, 30 de julio de 2017, para elegir los miembros de una Asamblea Constituyente.

Luego se sometió a esa Asamblea Constituyente y, finalmente, llevó adelante las elecciones inconstitucionalmente convocadas por la Asamblea Constituyente, el pasado 20 de mayo del 2018, para escoger Presidente de la República.

Otras actuaciones inconstitucionales del órgano electoral han sido el llamado a elecciones fuera del periodo indicado por la Constitución, como ocurrió con la elección de los gobernadores, demorada desde diciembre del año 2016 y realizada extemporáneamente el 15 de octubre de 2017.

5. Ruptura del Estado de Derecho por el Poder Ciudadano

Los órganos del poder ciudadano, que conforman el llamado Consejo Moral Republicano, han sido también parte de la colusión dirigida a desmontar el estado de derecho. Todos comprometidos políticamente: Defensor del Pueblo, Fiscal General y Contralor General, han actuado diligentemente para permitir que se afiance el estado totalitario y sin ningún control¹¹⁷.

Ellos han permitido, y han sido parte, de la violación de los derechos humanos, de la persecución y represión de la disidencia política, de las violaciones a las libertades de industria y comercio, derecho de propiedad, de pensamiento, de expresión y del pluralismo político e ideológico.

Desde el inicio del Gobierno de Chávez la Fiscalía General ha demostrado su absoluta subordinación al gobierno. Ha sido utilizada como instrumento de persecución política. Ha realizado muchas investigaciones y acusaciones penales, de manera selectiva y subjetiva, contra los adversarios políticos o contra quienes han sido declarados enemigos de la revolución; empresarios, banqueros, líderes políticos, periodistas, dueños y directivos de los medios de comunicación, estudiantes, etc.

El Contralor General de la República no ha ejercido control fiscal alguno. No existe control fiscal y hoy Venezuela figura entre los primeros lugares en los índices de corrupción en todo el mundo¹¹⁸. Ha permitido, y formado parte, de la corrupción de la élite del gobierno, descarada, abierta y descomunal.

En efecto, la corrupción del régimen ampliamente divulgada por su intensidad, es característica del Estado populista, en el cual, como lo señala el profesor Cassagne, la norma es permanecer mudos y ciegos ante los actos de corrupción, en un *“clima de impunidad y de ocultación no solo de los hechos de corrupción sino también de los indicios que revelan la existencia de esa enfermedad en el cuerpo político”*¹¹⁹.

Es así como, *“la Contraloría General de la República no ha actuado como órgano contralor e incluso pareció querer convertirse en una especie de juez, alegando que nada había resuelto en los casos más conocidos y publicitados de corrupción pública y administrativa, porque no se le habían presentado pruebas, cuando en realidad, dirige un órgano de control fiscal que es un órgano de investigación y averiguación administrativa”*¹²⁰.

El Defensor del Pueblo ha manifestado su complicidad, absteniéndose de llevar adelante sus funciones constitucionales que se dirigen a asegurar la defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los tratados internacionales, sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos, de los ciudadanos (artículo 281 de la Constitución).

¹¹⁷ Contrariando lo expresamente dispuesto en la Constitución, artículo 274, según el cual “Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, e igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo”.

¹¹⁸ BREWER-CARÍAS, Allan, “Venezuela: 17 años de desprecio a la Constitución, ¿Qué se puede esperar?”, Presentación, VAAUS (Asociación Venezolano-Americana de los EE.UU.), Nueva York, 31 de mayo de 2017. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/1189.-conf.-Brewer.-Venezuela.-17-a-%C3%B1os-de-desprecio-a-la-Constituci%C3%B3n-VAAUS.pdf>

¹¹⁹ Cfr. CASSAGNE, Juan C., “El estado populista”, Ob. cit. Pp. 168-169.

¹²⁰ BREWER-CARÍAS, Allan, “Historia Constitucional de Venezuela”, Ob. cit. p. 321.

De esta forma, *“tal es la paradoja que, hasta el propio “Defensor del Pueblo” se ha convertido en un defensor de las tropelías del régimen y partido de Gobierno y no de los derechos de la ciudadanía”*¹²¹. En efecto, *“se ha convertido en el órgano oficial para endosar la violación de esos derechos por parte de las autoridades del Estado, lo que se evidencia en la brutal represión al derecho a protestar, que todo el mundo ha estado presenciando por algún tiempo ya”*¹²².

6. Ruptura del Estado de derecho con el proceso constituyente de 2017

Mediante Decreto N° 2.830 de fecha 1° de mayo de 2017¹²³, el Presidente de la República convocó una Asamblea Nacional Constituyente. Esta actuación fue inconstitucional desde que fue hecha en usurpación de la voluntad del pueblo, único depositario del poder constituyente originario, tal y como se desprende de los artículos 5 y 347 de la Constitución y en violación de los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en sus artículos 2 (el principio de la democracia), 3 (el ejercicio democrático de la voluntad popular), 5 (principio político de soberanía popular), 6 (el carácter democrático de las entidades políticas que componen el Estado), 19 (principio de progresividad de los derechos), 62 (derecho de participación libre en los asuntos públicos), 63 (derecho al sufragio), 70 (sobre los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía), 71 (derecho a consulta popular de las materias de especial trascendencia nacional), 347 (titularidad del poder constituyente originario y la facultad de convocar una Asamblea Constituyente) y 348 sobre la iniciativa de convocatoria de una Asamblea Constituyente.

¹²¹ Vid. ROMERO-MUCI, Humberto, “Desinstitucionalización y desigualdad desde el estado: el caso venezolano”. Ob. cit.

¹²² Ibidem. En efecto, “el Defensor del Pueblo muy poca o ninguna actuación ha desplegado en los casos más sonados de violación de derechos constitucionales; por el contrario, y pese a la amplitud de las atribuciones que la Constitución le ha otorgado (artículo 281), son los órganos de control internacional, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los que han tenido que intervenir ante la carencia de la actuación del Defensor del Pueblo”. Vid. BREWER-CARÍAS, Allan, “Historia constitucional de Venezuela”, ob. cit. p.322.

¹²³ Publicado en Gaceta Oficial Nro. 6.295 extraordinario de fecha 1° de mayo de 2017.

Esta Asamblea es inconstitucional por su origen, forma de convocatoria y elección de sus miembros, y por su desempeño, en el cual ha contrariado y violado sistemáticamente la Constitución y el resto

del ordenamiento jurídico venezolano, así como la voluntad del pueblo, único depositario de la soberanía y por ende, titular del poder constituyente.

Además, el presidente de la República impuso unilateralmente y sin consulta popular, las bases comiciales territoriales y sectoriales, sobre las cuales se llevó a cabo la elección de los constituyentes. De forma que esa Asamblea Constituyente es inconstitucional por cuanto fue electa con fundamento en unas bases comiciales que:

- no fueron consultadas al pueblo de Venezuela, en violación de la soberanía popular y el derecho de participación ciudadana (artículos 5 y 70 de la Constitución);
- violaron el principio de universalidad del voto al determinar que los integrantes de la ANC serían elegidos en el ámbito territorial y sectorial (artículo 63 de la Constitución);
- violaron el principio de representación proporcional al disponer una asignación de los constituyentes sobre una base que no se correspondía con la población nacional del Estado venezolano sino sobre la base territorial de cada municipio (artículo 63 de la Constitución);
- Excluyeron a los venezolanos por naturalización y con más de una nacionalidad (artículos 39, 40 y 42 de la Constitución)
- Excluyeron a los partidos políticos del régimen de postulaciones (artículo 67 de la Constitución).

Esta Asamblea Constituyente fue convocada de esta forma inconstitucional por el presidente de la República con la complicidad de otros órganos de los poderes constituidos, principalmente: del Consejo Nacional Electoral y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto el Consejo Nacional Electoral convocó el proceso para los integrantes de la Asamblea Constituyente, sin que previamente se convocara un referéndum que aprobara el llamado a una Asamblea Constituyente.

Además la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, avaló la acción inconstitucional del presidente de la República, de convocar una Asamblea Constituyente, mediante sentencia N°378 de fecha 31 de mayo de 2017, en la que dispuso que *“no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX.”*

Esta Asamblea Constituyente, instalada el 4 de agosto de 2017, fue constituida en verdad para usurpar las facultades de la Asamblea Nacional, para destituir y designar altos funcionarios; para dictar decretos y leyes supraconstitucionales; y para eliminar, ahora por completo el estado de derecho en Venezuela. La Asamblea Constituyente significó el tránsito de un gobierno autoritario a uno totalitario. Ha desnaturalizado con cada una de sus actuaciones las funciones básicas, exclusivas y excluyentes que debe tener una asamblea constituyente legítima y constitucionalmente convocada, como es la de redactar un proyecto de constitución.

En efecto, todas las actuaciones de la Asamblea Constituyente han excedido la competencia fijada por la Constitución a este órgano mediante “Decretos Constituyentes”, “Leyes Constitucionales” y “Acuerdos Constituyentes”. Veamos algunas de las actuaciones inconstitucionales de la Asamblea Constituyente:

- Ha dictado leyes de contenido nuevo¹²⁴ y modificado las existentes¹²⁵;

¹²⁴ La lista de “Leyes Constitucionales” dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente, en contravención a su único objeto de redacción de un proyecto de constitución y usurpando las potestades legislativas exclusivas de la Asamblea Nacional, cada día se vuelve más larga. Así pues, hasta la fecha se han dictado un total de 11 leyes constitucionales: 1. Ley Constitucional de la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública (Gaceta Oficial Nro. 6.323 extraordinario del 08 de Agosto de 2017); 2. Ley Constituyente que crea el conglomerado «Agrosur» (Gaceta Oficial Nro. 41.272 del 06 de Noviembre de 2017); 3. Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia (Gaceta Oficial Nro. 41.274 del 08 de Noviembre de 2017); 4. Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia.- (Gaceta Oficial Nro. 41.276 del 10 de Noviembre de 2017) (Se reimprime por fallas en los originales).- (Reimpresión G.O. N° 41.274); 5. Ley Constitucional de Precios Acordados.- (Véase N° 6.342

- Ha realizado actos de control e intervención de los poderes constituidos¹²⁶ a través de la designación, ratificación o remoción de sus titulares o funcionarios¹²⁷; e inclusive,

Extraordinario de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 22 de noviembre de 2017); 6. Ley Constitucional sobre la creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria (Gaceta Oficial Nro. 41.305 del 21 de Diciembre de 2017); 7. Ley Constitucional del Régimen Tributario para el Desarrollo Soberano del Arco Minero (Gaceta Oficial Nro. 41.310 del 29 de Diciembre de 2017); 8. Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva (Gaceta Oficial Nro. 41.310 del 29 de Diciembre de 2017); y 9. Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas. (Gaceta Oficial Nro. 41.318 del 11 de Enero de 2018); 10. Ley Constitucional del Comité Local de Abastecimiento y Producción (Gaceta Oficial N° 41.330 del 29 de enero de 2018); y 11. Ley Constitucional de los Consejos Productivos de Trabajadoras y Trabajadores (Gaceta Oficial N° 41.336 del 6 de febrero de 2018).

¹²⁵ Decreto Constituyente para la participación en Procesos Electorales (Gaceta Oficial Nro. 41.308 del 27 de Diciembre de 2017).

¹²⁶ Entre ellos el Decreto Constituyente sobre la Emergencia y Reestructuración del Ministerio Público (Gaceta Oficial Nro. 6.322 extraordinario del 05 de Agosto de 2017); y el Decreto Constituyente mediante el cual se dictan las Normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos constituidos (Gaceta Oficial Nro. 6.323 extraordinario del 08 de Agosto de 2017).

¹²⁷ Como por ejemplo el Decreto Constituyente de la Remoción de la ciudadana Luisa Marvelia Ortega Díaz como Fiscal General de la República (Gaceta Oficial Nro. 6.322 extraordinario del 05 de Agosto de 2017); el Decreto Constituyente de la designación Provisional del cargo de Fiscal General de la República Tarek Willians Saab (Gaceta Oficial Nro. 6.322 extraordinario del 05 de Agosto de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica al ciudadano Nicolás Maduro Moros, como Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Jefe de Estado y de Gobierno, Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, para el cual fue electo por decisión del soberano Pueblo de Venezuela (Gaceta Oficial Nro. 6.325 extraordinario del 10 de Agosto de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica a las ciudadanas Tíbisay Lucena Ramírez, Sandra Oblitas Ruzza, Socorro Elizabeth Hernández y Tania D'Amelio Cardiet, como Rectoras del Consejo Nacional Electoral (Gaceta Oficial Nro. 6.326 extraordinario del 11 de Agosto de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica en el ejercicio de sus funciones constitucionales a los Magistrados y Magistradas Principales del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial Nro. 41.214 del 15 de Agosto de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica al ciudadano Luis Emilio Rondón González, como Rector Principal del Consejo Nacional Electoral (Gaceta Oficial Nro. 41.214 del 15 de Agosto de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se ratifica en el ejercicio de sus funciones constitucionales a los ciudadanos Tarek William Saab, Fiscal General de la República y Presidente del Consejo Moral Republicano; Manuel Galindo Ballesteros, Contralor General de la República y Alfredo Ruiz Angulo, Defensor del Pueblo (Gaceta Oficial Nro. 41.216 del 17 de Agosto de 2017); el Decreto Constituyente que autoriza la designación del Presidente del Banco Central de Venezuela (Gaceta Oficial Nro. 41.265 del 26 de Octubre de 2017); y el Acto Constituyente mediante el cual se ratifican en el ejercicio de sus funciones

- Ha convocado procesos electorales para la elección popular de representantes de los poderes públicos (en todos sus niveles, local, regional o nacional¹²⁸) y ha exigido juramentarlos¹²⁹.

El 23 de enero de 2018¹³⁰, la ANC convocó elecciones para la presidencia de la República¹³¹. Esa convocatoria a elecciones presidenciales fue inconstitucional por cuanto usurpó competencias propias y exclusivas del Poder Electoral¹³², violó el principio de separación de

Constitucionales a los Magistrados y Magistradas Principales del Tribunal Supremo de Justicia. (Marisela Valentina Godoy Estaba y Danilo Antonio Mojica Monsalvo). (Gaceta Oficial Nro. 41.355 del 07 de marzo de 2018).

¹²⁸ En este punto es preciso destacar, que en entera contradicción a los límites de la Asamblea Nacional Constituyente establecidos en el artículo 347, la Asamblea Nacional Constituyente ha dictado en tres ocasiones “Decretos Constituyentes” con el único objeto de determinar la convocatoria a procesos electorales de representantes de los poderes públicos. Así pues mencionamos: 1. El Decreto Constituyente mediante el cual se reprograma para el mes de octubre del 2017, el proceso electoral para la escogencia de gobernadoras y gobernadores de estados, en el marco del cronograma electoral ya anunciado por el Poder Electoral, en ejercicio de sus funciones constitucionales (Gaceta Oficial Nro. 6.327 extraordinario del 12 de Agosto de 2017); 2. Decreto Constituyente de convocatoria y programación de las elecciones de Alcaldesas y Alcaldes, para el mes de diciembre del año 2017 (Gaceta Oficial Nro. 41.265 del 26 de Octubre de 2017); 3. Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 6.361 extraordinario del 23 de enero de 2018); y 4. Decreto Constituyente sobre convocatoria a Elecciones en la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Nro. 41.351 del 1° de marzo de 2018).

¹²⁹ Decreto Constituyente mediante el cual se declaran juramentados ante esta soberana Asamblea Nacional Constituyente las gobernadoras y gobernadores de cada estado a las ciudadanas y ciudadanos que en él se indican (Gaceta Oficial Nro. 41.259 del 18 de Octubre de 2017); Acto Constituyente mediante el cual se juramentan la Gobernadora proclamada y Gobernadores proclamados (Gaceta Oficial Nro. 41.262 del 23 de Octubre de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se Juramenta el Gobernador Proclamado del estado Zulia (Gaceta Oficial Nro. 41.300 del 14 de Diciembre de 2017); Decreto Constituyente mediante el cual se delega la Juramentación de las Alcaldesas Proclamadas y Alcaldes Proclamados (Gaceta Oficial Nro. 41.300 del 14 de Diciembre de 2017).

¹³⁰ Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 6.361 extraordinario del 23 de enero de 2018).

¹³¹ Decreto Constituyente sobre convocatoria a Elecciones en la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Nro. 41.351 del 1° de marzo de 2018).

¹³² De conformidad con el artículo 293.5 de la Constitución y 42 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, el Poder Electoral tiene entre sus funciones la organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos.

poderes¹³³, violó el periodo presidencial constitucional¹³⁴ y violó los principios constitucionales de todo proceso electoral¹³⁵, especialmente el de imparcialidad¹³⁶.

Pese a su inconstitucionalidad, en fecha 20 de mayo de 2018 fueron realizadas las elecciones presidenciales, en las cuales resultó reelecto Nicolás Maduro. Ese proceso electoral fue rechazado ampliamente por todo el país y estuvo rodeado todo tipo de violaciones en el acto electoral, falta de transparencia, legitimidad y garantías; políticos inhabilitados, presos y torturados. Incumplidos todos los plazos señalados por la Ley. El rechazo condujo a una abstención de más del 80 por ciento del electorado.

Las elecciones fueron además rechazadas por la comunidad internacional. Se pronunciaron en contra la Organización de Naciones Unidas (ONU)¹³⁷, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la

¹³³ Según los artículos 136 y 137, cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias y solo 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.

¹³⁴ Como lo establecen los artículos 230 y 231 de la Constitución, el período presidencial es de 6 años y el presidente de la República que resulte electo tomará posesión el 10 de enero del primer año de su período constitucional (en este caso, el 10 de enero del año 2019).

¹³⁵ En efecto, de conformidad con los artículos 293 y 294 de la Constitución y el artículo 3 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, los órganos del Poder Electoral tienen el deber de garantizar la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

¹³⁶ El proceso electoral destinado a la elección del presidente de la República en el mes de mayo del año 2018, no tuvo otro fin que favorecer a cierta línea política presente en el poder en la actualidad y discriminar a otra -de oposición-. En efecto, el decreto constituyente de convocatoria para la elección del Presidente de la República dictado por la ANC, es marcadamente parcializado y lo demuestra de forma clara al asociar a la oposición venezolana con los mencionados por él “*poderes imperiales y poderes fácticos*” de Estados Unidos y de la Unión Europea, que “*han desatado una campaña sistemática de odio contra el Pueblo venezolano mediante agresiones a su economía, linchamientos mediáticos contra la venezolanidad y guerras psicológicas para medrar la identidad nacional y generar zozobra*”; poniéndola en una situación no solo desventajosa a la hora de participar políticamente a través de sus candidatos en el proceso electoral, sino hasta excluyente. Vid. BADELL MADRID, Rafael, “Inconstitucionalidad del llamado a elecciones por parte de la Asamblea Nacional Constituyente. Conferencia dictada en el Foro: “Llamado a elecciones por parte de la Asamblea Nacional Constituyente”, celebrado en la Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho. Caracas, 21 de marzo de 2018.”. Disponible en: <http://badellgrau.com/?pag=11>

¹³⁷ La jefa de la alta diplomacia de la Unión Europea, Federica Mogherini, aseguró que el proceso actual no garantiza transparencia ni elecciones creíbles. Vid. <http://www.france24.com/es/20180519-elecciones-venezuela-maduro-comunidad-internacional>

ONU (OHCHR)¹³⁸, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Unión Europea (UE) y el Grupo de Lima¹³⁹, bajo la denuncia de falta de transparencia, legitimidad y garantías.

IV. PALABRAS FINALES

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en cumplimiento de sus funciones de ser orientadora y guía del pensamiento jurídico del país, ha actuado en contra de las violaciones constitucionales y legales llevadas adelante, de forma sistemática y concertadas, por parte de todos los órganos del poder público. En ese empeño, a través de pronunciamientos y comunicados públicos, así como en foros y eventos jurídicos, auspiciados con esa finalidad, ha exhortado a los órganos del poder público a mantener su actuación dentro de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico y, en especial, ha exigido el respeto de los derechos humanos y de los derechos civiles, sociales, políticos y económicos. Ese propósito no será abandonado hasta lograr el restablecimiento total de las instituciones democráticas y del estado de derecho en Venezuela.

¹³⁸ Zeid Ra'ad Al Hussein, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se pronunció sobre el contexto político, económico y social que atraviesa Venezuela respecto del proceso electoral del 20 de mayo de 2018 expresando que “no se cumplen de ninguna manera las mínimas condiciones para unas elecciones libres y creíbles”. Vid. “Las irregularidades que manchan las elecciones presidenciales”, El Nacional, acceso el 20 de mayo de 2018, http://www.el-nacional.com/noticias/politica/las-irregularidades-quemanchan-las-elecciones-presidenciales_230214

¹³⁹ En la Declaración de Mandatarios del Grupo de Lima, de fecha 14 de abril de 2018, los ministros y representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Finanzas de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Santa Lucía, con la participación de España y por videoconferencia el Secretario de Estado de los Estados Unidos y altos funcionarios del Departamento del Tesoro de ese país, hicieron un llamado al Gobierno venezolano a suspender las elecciones generales previstas para el próximo 20 de mayo, por cuanto fueron convocadas por una autoridad ilegítima, sin la participación de todos los actores políticos venezolanos, sin observación internacional independiente y sin las garantías necesarias para un proceso libre, justo, transparente y democrático. Vid. <http://www.sre.gob.hn/portada/2018/Mayo/15-05-18/COMUNICADO%20DEL%20GRUPO%20DE%20LIMA.pdf>; <http://www.consulado.pe/es/Boston/Documents/ANEXO%201-Comunicado%20del%20Grupo%20de%20Lima.pdf>

V. BIBLIOGRAFÍA

- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamento sobre la justicia penal en Venezuela, de fecha 15 de junio de 2010. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/A-105.pdf>
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamento sobre el desconocimiento del estado de derecho y la violación de derechos fundamentales en Venezuela, de fecha 22 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/A-103.pdf>
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el retiro de Venezuela de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de fecha 14 de mayo de 2012. Disponible en: [http://acionpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20ACADEMICA%20retiro%20CIDH%20\(rev\).pdf](http://acionpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20ACADEMICA%20retiro%20CIDH%20(rev).pdf)
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamento ante las recientes decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de abril de 2014. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20ACPS%20ante%20las%20recientes%20decisiones%20del%20TSJ%20abril%202014.pdf>
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamento sobre la Resolución No. 008610 dictada por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa del 23 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/comunicado-academia-FANB-manifestaciones.pdf>
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamento sobre la decisión de la Sala Constitucional relativa al control parlamentario de los decretos de estado de excepción, de fecha 25 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20ACPS%20sobre%20sentencia%20No.%207%20de%20la%20Sala%20Constitucional%20del....pdf>
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamento ante la reciente creación de la compañía anónima militar de industrias mineras, petrolíferas y de gas (Camimpeg), de fecha 07 de marzo de 2016. Disponible en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/ACADEMIA%20\(EMPRESA%20PETROLERA%20MILITAR\)-1110625-v1-CARDMS.pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/ACADEMIA%20(EMPRESA%20PETROLERA%20MILITAR)-1110625-v1-CARDMS.pdf)

- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamiento acerca de la decisión de la Sala Constitucional relativa al control parlamentario de los demás poderes públicos y de los actos de la propia asamblea, de fecha 11 de marzo de 2016. Disponible en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/PRONUNCIAMIENTO_ACPS_\(SENTENCIA_SC-TSJ_No__9\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/PRONUNCIAMIENTO_ACPS_(SENTENCIA_SC-TSJ_No__9).pdf)
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Declaración sobre la posición de la Fiscal General de la República y las aclaratorias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, de fecha 04 de abril de 2017. Disponible en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Sentencias%20155%20y%20156%20\(1\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Sentencias%20155%20y%20156%20(1).pdf)
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Declaración sobre la politización de la fuerza armada nacional y la amenaza del uso desproporcionado de la fuerza pública, de fecha 18 de abril de 2017. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20ACPS%2018042017%20def.pdf>
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamiento sobre la inconstitucional e ilegítima denuncia realizada por el presidente de la república respecto de la carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), de fecha 04 de mayo de 2017. Disponible en: [http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20sobre%20denuncia%20Carta%20de%20la%20OEA.%20\(0317338xC4456\).pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20sobre%20denuncia%20Carta%20de%20la%20OEA.%20(0317338xC4456).pdf)
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad e inconventionalidad de la aplicación de la justicia militar a civiles, de fecha 16 de mayo de 2017. Disponible en: http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/20052017171841_PRONUNCIAMIENTO%20SOBRE%20JURISDICCION%20MILITAR%202017.pdf
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamiento ante el “Decreto Constituyente sobre la convocatoria de las Elecciones para la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela” dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, de fecha 15 de febrero de 2018. Disponible en: <http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/PronunciamentoAcademiaConvocatoriaeleccionespresidencialesDEFINITIVO1.pdf>
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Pronunciamiento en torno a las intervenciones bancarias y la estabilidad del sistema financiero, de

- fecha 04 de mayo de 2018. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20de%20ACIENPOL%20sobre%20intervenci%C3%B3n%20bancaria.pdf>
- Academia Nacional de Ciencias Económicas, Pronunciamento de la sobre “La responsabilidad del gobierno en el deterioro de las condiciones de vida del venezolano”, de fecha 09 de mayo de 2018. Disponible en: <http://ancevenezuela.org.ve/ance/pronunciamentos/la-responsabilidad-del-gobierno-en-el-deterioro-de-las-condiciones-de-vida-del-venezolano>
- Academias Nacionales, Pronunciamento con ocasión de las decisiones dictadas por algunos tribunales penales y por el Consejo Nacional Electoral (CNE) que afectan la continuación del proceso del referéndum revocatorio del mandato del presidente de la República, de fecha 21 de octubre de 2016. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/LAS%20ACADEMIAS%20NACIONALES%20SE%20DIRIGEN%20A%20LOS%20VENEZOLANOS-DEF.pdf>
- Academias Nacionales, Declaración ante las Sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional, de fecha 31 de marzo de 2017. Disponible en: <http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Declaraci%C3%B3n%20de%20las%20Academias%20Nacionales%20ante%20las%20Sentencias%20155%20y%20156.pdf>
- Academias Nacionales, Pronunciamento ante la convocatoria a elecciones para el 22 de abril de 2018, de fecha 20 de febrero de 2018. Disponible en: <http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/2018-02-18%20Comite%20interacademico%20-%20Ante%20las%20elecciones%2022%20abril.pdf>
- AGUIAR, Asdrúbal, “Historia inconstitucional de Venezuela 1999-2012”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.
- ALFONZO PARADISI, Juan D., “Estado actual del sistema económico socialista contrario a la Constitución Económica vigente de 1999, (Limitaciones desde abril de 2013)”, en Revista de Derecho Público N° 149-150, enero – junio 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Derecho Público, Caracas, 2017. Pp. 61-106. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/05/9789803654245-txt.pdf>
- BADELL MADRID, Rafael, “Crisis del Principio de la Separación de los Poderes en Venezuela”, Conferencia dictada en la Universidad de San Pablo-CEU de Madrid, en los V Cursos de Enero. España-Madrid 2003. Disponible en: <http://badellgrau.com/?pag=11>

- BADELL MADRID, Rafael, “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad y la jurisprudencia sobre la materia en Venezuela.”, conferencia dictada en las XI Jornadas Jurisprudenciales en Derecho Administrativo. Universidad de Yacambú. Barquisimeto. 15 Noviembre 2014. Disponible en: <http://badellgrau.com/?pag=205&ct=1745>
- BADELL MADRID, Rafael, “Intervención del Estado en la economía”. Conferencia dictada en las XIX Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Valencia, 9 de diciembre de 2016. Publicada en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nro. 154, Año 2015, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>
- BADELL MADRID, Rafael, “Luces y sombras del derecho público en Venezuela, publicado en Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, en “Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación 1915-2015”, Tomo II, Colección Centenario, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015.
- BADELL MADRID, Rafael, “Poderes del juez constitucional”. Conferencia dictada en VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo en Homenaje al Dr. Carlos Ayala Corao. Universidad Monteávila. Caracas, 11 de noviembre de 2016. Publicada en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nro. 155, Año 2016. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>
- BADELL MADRID, Rafael, “Régimen jurídico del proceso constituyente en la Constitución de Venezuela”, publicado en BREWER-CARÍAS, Allan / GARCÍA SOTO, Carlos (compiladores), “Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017”, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá/Caracas, 2017. pp.137-204. Publicado también en la página web de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: <http://www.acienpol.org.ve/>
- BADELL MADRID, Rafael, “Inconstitucionalidad del llamado a elecciones por parte de la Asamblea Nacional Constituyente. Conferencia dictada en el Foro: “Llamado a elecciones por parte de la Asamblea Nacional Constituyente”, celebrado en la Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho. Caracas, 21 de marzo de 2018.”. Disponible en: <http://badellgrau.com/?pag=11>
- BADELL PORRAS, Daniel, “Intensificación del control penal sustantivo ante el descontrol social”. Artículo elaborado en colaboración al Observatorio venezolano de Prisiones. Caracas, 2017. Disponible en: <http://www.badellgrau.com/?pag=43&ct=2137>

- BREWER-CARÍAS, Allan, “Razones del voto NO en el referendo aprobatorio de la Constitución”, en Debate Constituyente (labor en la Asamblea Nacional Constituyente), Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “Historia constitucional de Venezuela”, Tomo II, Editorial Alfa, Caracas, 2008.
- BREWER-CARÍAS, Allan, Prólogo “o sobre cómo, desde sus inicios, el gobierno de H. Chávez se caracterizó por su política hostil contra la democracia”, en AGUIAR, Asdrúbal, “Historia inconstitucional de Venezuela 1999-2012”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “Historial constitucional de Venezuela”, en “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “La condena y el encarcelamiento de alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. Disponible en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Alcaldes.pdf>
- BREWER-CARÍAS, Allan, “La ratificación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de su decisión de desconocimiento de la potestad de la Asamblea Nacional para revisar y revocar sus propios actos”, en Revista de Derecho Público, No. 147-148, (julio-diciembre 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 305-311.
Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uplo>
- BREWER-CARÍAS, Allan, “La nueva farsa del Juez Constitucional controlado: La inconstitucional y falsa “corrección” de la usurpación de funciones legislativas por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. (Sentencias N° 157 y 158 de 1° abril de 2017). Crónica actualizada al 5 de abril de 2017, 5 pm.”, en Revista de Derecho Público N° 149-150, enero – junio 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Derecho Público, Caracas, 2017. Pp. 313-325. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/05/9789803654245-txt.pdf>
- BREWER-CARÍAS, Allan, “La consolidación de la dictadura judicial: La Sala Constitucional, en un juicio sin proceso usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria, (Sentencia N° 155 de la Sala Constitucional)”, en Revista de Derecho Público N° 149-150, enero – junio 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Derecho Público, Caracas, 2017. Pp. 276-291. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/05/9789803654245-txt.pdf>

- BREWER-CARÍAS, Allan, “El reparto de despojos: La usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado. (Sentencia N° 156 de la Sala Constitucional)”, en *Revista de Derecho Público* N° 149-150, enero – junio 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Derecho Público, Caracas, 2017. Pp. 292-299. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/05/9789803654245-txt.pdf>
- BREWER-CARÍAS, Allan, “El derecho del pueblo de participar en las reformas de la constitución es el signo más característico de la democracia participativa que no puede ser arrebatado por los gobernantes”, New York, 3 de mayo, 2107, disponible en: <http://allanbrewercarias.com/documentos/155-derecho-del-pueblo-participar-las-reformas-la-constitucion-signo-mas-caracteristico-la-democracia-participativa-no-puede-arrebatado-los-gobernantes/>
- BREWER-CARÍAS, Allan, “Venezuela: 17 años de desprecio a la Constitución, ¿Qué se puede esperar?”, Presentación, VAAUS (Asociación Venezolano-Americana de los EE.UU.), Nueva York, 31 de mayo de 2017. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/1189.-conf.-Brewer.-Venezuela.-17-a-%C3%B1os-de-desprecio-a-la-Constituci%C3%B3n-VAAUS.pdf>
- BRICEÑO LEÓN, Humberto, “Despotismo Constituyente Venezuela 2017”, en *Revista de Derecho Público* N° 149-150, enero – junio 2017, Editorial Jurídica Venezolana, Fundación de Derecho Público, Caracas, 2017. Pp. 173-184. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/05/9789803654245-txt.pdf>
- CANOVA GONZÁLEZ, Antonio; HERRERA ORELLANA, Luis A.; y ANZOLA SPADARO, Karina, “¿Expropiaciones o vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)”, Universidad Católica Andrés Bello, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2009.
- CASSAGNE, Juan C., “La intervención administrativa”. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- CASSAGNE, Juan C., “El estado populista”, Editorial B de F, Euros Editores, Monte Video - Uruguay, Buenos Aires - Argentina, 2017.
- CÓRDOVA JAIMES, Edgar, “Administración Pública en Venezuela: Aproximaciones a los cambios y transformaciones”, en *Revista de Ciencias Sociales* v.12 n.3 Maracaibo sep. 2006. Disponible en: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-95182006000300007

- DE LA RIVA, Ignacio M., “Ayudas públicas (incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado)”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- DELGADO, Francisco, “Chavismo y derecho”, Editorial Galipán, Caracas, 2017.
- DUQUE CORREDOR, Román J., “Fraude procesal de los magistrados de la Sala Constitucional” 4 de abril de 2017, disponible en: <http://justiciayecologaiintegral.blogspot.com/2017/04/fraude-procesal-de-losmagistradosde.html?spref=fb&m=1>.
- DUQUE CORREDOR, Román, “Inconstitucionalidad por ilegitimidad de origen y del ejercicio del poder constituyente por la Asamblea Nacional Constituyente creada por Nicolás Maduro”, en “XLIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar: La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano”, Instituto de Estudios Jurídicos Ricardo Hernández Álvarez, Unidad Académica del Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto, 2018.
- ESCOVAR LEÓN, Ramón, “Noción de pueblo en las bases comiciales y en la sentencia N° 378 de la Sala Constitucional”, en las “XLIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar: La ausencia de juridicidad en el sistema legal venezolano”, Instituto de Estudios Jurídicos Ricardo Hernández Álvarez, Unidad Académica del Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto, 2018.
- FERNÁNDEZ, Fernando, “Estado Dual o anómico: efectos corruptentes. Un caso, una lección: La justicia penal en Venezuela bajo el Estado Dual y el derecho penal del enemigo”, Editorial Académica Española, 2018.
- GARCÍA SOTO, Carlos, “Cuarta parte: régimen de la economía Sección I: Régimen del modelo productivo socialista Principios del Poder Popular, del Estado Comunal y del modelo productivo socialista (A propósito de las “Leyes del Poder Popular”)”, en Revista de Derecho Público 130 (abril-junio) (2012), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.
- Global Commission on Elections, Democracy and Security, Informe sobre Elecciones, Democracia y Seguridad, IDEA Internacional, Fundación Kofi Annan, 2012. Disponible en: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/profundizando-la-democracia.pdf>
- GRAU, María A., “Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela”, Badell & Grau Editores. Oxford, 2009.
- GRAU, María A., “Empresa Pública y Contratación Administrativa en Venezuela (desde un marco constitucional común al español, a una ilimitada acción empresarial del Estado en Venezuela)”, Tesis doctoral de la Universidad CEU-San Pablo, Madrid, 2015.

- GRAU, María A., “Los derechos económicos de los particulares como límite a la actividad empresarial del Estado”. Conferencia dictada en VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV Congreso de Derecho Administrativo en homenaje al Dr. Carlos Ayala Corao. Universidad Monteávila. Caracas, 11 de noviembre de 2016. Publicada en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Nro. 155, Año 2016. Vid.; <http://www.acienpol.org.ve/>
- HARO GARCÍA, José V., “Los recientes intentos de reforma constitucional o de cómo se está tratando de establecer una dictadura socialista con apariencia de legalidad (A propósito del proyecto de reforma constitucional de 2007 y los 26 decretos leyes del 31 de julio de 2008 que tratan de imponerla)”, en Revista de Derecho Público N°115 julio-septiembre 2008, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio, “La Constitución económica y los decretos Leyes dictados en ejecución de la Ley Habilitante 2013”, en Revista de Derecho Público n°140, octubre-diciembre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.
- MEJÍA BETANCOURT, José A., “El reconocimiento internacional del Tribunal Supremo de Justicia en el exilio”. Caracas, 2018. Consultado en original.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, “El intento inacabado por establecer un modelo económico socialista”, en Anuario de Derecho Público, Año 1, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Universidad Monteávila, San Cristóbal, 2007.
- NJAIM, Humberto, “Reflexión sobre el pluralismo a más de 10 años de “Vigencia” de la constitución”, en CASAL H., Jesús M. (Coordinador), “Defender la Constitución”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.
- NÚÑEZ MACHADO, Ana C., “Los 26 nuevos Decretos-Leyes y los principios que regulan la intervención del Estado en la actividad económica de los particulares”, en Revista de Derecho Público N°115 julio-septiembre 2008, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009.
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe “Institucionalidad democrática, estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de país”, Washington D.C., 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf> p. 94.

- Organización de Estados Americanos, Secretaría General, Panel de expertos internacionales independiente, Informe sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela, Washington D.C., 29 de mayo de 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>
- PEÑA SOLÍS, José, “Lecciones de Derecho Constitucional General”, Volumen I, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008.
- QUINTERO MONTIEL, Inés M., “La Historia al servicio del poder: Venezuela de República a Bolivariana”. Discurso de incorporación como Académica Corresponsal de la Academia Mexicana de la Historia, Correspondiente de la Real de Madrid. 06 de febrero 2018. Consultado en original.
- RACHADELL, Manuel, “La centralización del poder en Venezuela”, en Provincia N° 16, julio-diciembre 2006, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 2006. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=55501608>
- ROMERO-MUCI, Humberto. “Desinstitucionalización y desigualdad desde el Estado: el caso venezolano”. Ponencia de Humberto Romero-Muci, vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el I Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales, Políticas y Económicas, convocado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, realizado durante los días 16, 17 y 18 de octubre de 2017, bajo el título general “Democracia, Educación y Estado de Bienestar. Aporías y Alternativas Tras la Crisis, en la Doble Perspectiva Íbero-Americana”. *Vid.* web: www.acienpol.org.ve
- RUAN SANTOS, Gabriel. “El secuestro del Tribunal Supremo de Justicia”, ponencia de Gabriel Ruan Santos, presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el I Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales, Políticas y Económicas, convocado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, realizado durante los días 16, 17 y 18 de octubre de 2017, bajo el título general “Democracia, Educación y Estado de Bienestar. Aporías y Alternativas Tras la Crisis, en la Doble Perspectiva Íbero-Americana”. *Vid.* www.acienpol.org.ve
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “La democracia constitucional. Una radiografía teórica”, Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2008.

- SANQUÍRICO PITTEVIL, Fernando, “Las facultades (i)limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la República”, en BREWER-CARÍAS , Allan y GARCÍA SOTO, Carlos (compiladores), “Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente”, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá/Caracas, 2017.
- SIRA SANTANA, Gabriel, y SILVA ARANGUREN, Antonio, “Decretos Leyes dictados por el Presidente de la República con base en Ley Habilitante, en el año 2015”, en Revista de Derecho Público, N°143-144, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016. Disponible en: <http://cidep.com.ve/files/papers/habilitante2015.pdf>
- SOSA GÓMEZ, Cecilia. “La ética como fundamento de la justicia”. Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017.
- TOUCHARD, Jean, “Historia de las ideas políticas”, Traducción de Javier Pradera, Editorial Tecnos, Madrid, 2017.
- VECCHIO, Carlos, “Observatorio parlamentario. Balance legislativo 2006-2010. ¿Poder legislativo? SE BUSCA UN PODER”, en El Universal, Caracas, Septiembre 2010. Disponible en: http://images.eluniversal.com/2010/09/16/AN_balance_vecchio.pdf
<ads/2017/12/907.-art.-RDP-146-147.pdf>

(IN)MORALIDAD TRIBUTARIA EN VENEZUELA. ENTRE LA DISTOPÍA Y LA ANOMIA SOCIAL POR EL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI*, PRIMER VICE-PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

SUMARIO

Introducción. I. Moral del legislador tributario. 1. Reserva legal y legalidad tributaria. A. Consagración de la garantía. B. Inmoralidades contra la reserva legal y la legalidad tributaria. a. El abuso del expediente de las leyes delegatorias o habilitantes. b. El impuesto inflación. 2. Capacidad contributiva, no discriminación, razonabilidad de los tributos y prohibición de confiscación. A. Consagración del derecho. a. Sustrato técnico o instrumental. b. Sustrato axiológico. B. Inmoralidades contra la capacidad contributiva. a. La eliminación de la corrección monetaria en el ISR. b. La anarquización del sistema tributario mediante la exacerbación de la parafiscalidad. c. Atentados al principio de solidaridad y responsabilidad social. II. Moral de la Administración Tributaria y los conflictos de practicabilidad administrativa. A. Inmoralidades en la gestión administrativa. a. La desjudicialización del juicio ejecutivo y de las medidas cautelares. b. Indignidad de la tributación sobre las personas naturales por subestimación y retraso en el ajuste de la UT. III. Moral del juez tributario. IV. Moral del Contribuyente. Conclusiones. Bibliografía.

* Abogado *summa cum laude* por la Universidad Católica Andrés Bello (1985), Magister en Leyes Harvard Law School (1986), Doctor en Derecho por la Universidad Central de Venezuela (2003), Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Financiero en la Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho de la Contabilidad en el Postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello y en los cursos del Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Individuo de Número y Primer Vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (Sillón No. 14).

INTRODUCCIÓN

En la Venezuela de hoy, vivimos una radical ruptura del orden constitucional que ha destruido el Estado de Derecho y acabado con la institucionalidad democrática¹. *La desinstitucionalización también alcanza a la tributación y a las finanzas públicas en general*. Definitivamente son tiempos de regresión y primitivismo y de hemiplejía moral.

El déficit institucional y la deriva autoritaria se expresan en la práctica, en la inexistencia de la separación y autonomía efectiva de los Poderes Públicos, y por lo tanto no hay garantía efectiva de las libertades básicas para los ciudadanos, condición esencial de la pervivencia del Estado y de la democracia constitucional. Se practica una indeterminación radical del derecho y su disolución en la política, con la nociva patrimonialización del poder, que se convierte en un instrumento de dominación impúdico y delirante. Privan las falacias jurídicas, el decisionismo y la arbitrariedad. **“Verdad”** y **“justicia”** han perdido todo contenido y se han convertido en simples mascaradas ideológicas de la **“voluntad del poder”**. La racionalidad del derecho se ha reducido a la simple **“voluntad del más fuerte”**.

La desinstitucionalización tributaria se ha hecho especialmente evidente con la degradación de la reserva legal tributaria, garantía esencial a la creación y modificación de los tributos. El principio fundacional según el cual **“no hay tributación, sin representación”**, ha sido ilegítimamente desaplicado mediante los Decretos Ley, por las

¹ ROMERO-MUCI, Humberto **“Desinstitucionalización y desigualdad desde el Estado: el caso venezolano”**, en Comunicación para el Primer Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas, y de Ciencias Económicas, Madrid, 16 al 18 de octubre de 2017, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 156 – enero-diciembre 2017, p. 461-480 ISSN: 0798-145, consultado en web: <<http://www.acienpol.org.ve/>>

constantes delegaciones legislativas en el Ejecutivo Nacional, a través del expediente de Leyes habilitantes y más recientemente con la declaratoria de “emergencia económica” cohonestada por la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia.

Los tributos son creaciones caprichosas, inconsultas, arbitrarias, incoherentes. Esto lo comprueban los aproximadamente 365 Decretos ley aprobados mediante Leyes habilitantes en los últimos 18 años, la distópica aparición de 24 tipos parafiscales, la artera eliminación del ajuste por inflación en la Ley de impuesto sobre la renta (LISR), la subestimación radical y la postergación del ajuste de la Unidad Tributaria (UT). Y lo más perverso: La hiperinflación del 2.616 % solo al cierre del año 2017. El impuesto más regresivo e inconsulto: “...**el termómetro de la pérdida de los derechos individuales y del aumento del poder estatal**”².

Todo esto configura un cuadro de degradación y relativización de los derechos constitucionales a **(i)** contribuir conforme a la capacidad económica efectiva, **(ii)** la prohibición de discriminación, **(iii)** la prohibición de confiscación, **(iv)** la legalidad y tipicidad tributaria y la seguridad jurídica y la calculabilidad de los actos en la aplicación de los tributos que demandan un ámbito de certeza imperturbable. Se trata del núcleo duro de la justicia tributaria.

La desinstitucionalización tributaria se ha radicalizado con la disminución de las posibilidades de defensa frente a unas Administraciones Tributarias robustecidas de competencias exorbitantes para la determinación de los tributos y de privilegios procesales que empalidecen las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva. Las mismas Leyes habilitantes han servido para crear privilegios procesales injustificados, incluida la desjudicialización de las medidas cautelares y la ejecución de créditos fiscales directamente por la Administración Tributaria. Tal degradación se resume frente a cualquier fiscalización en la emboscada del “**tener que pagar primero y solo poder reclamar después**”. Campo fecundo para la arbitrariedad y la corrupción.

² *Cfr.* FRAGA LO CURTO, Luis, “**4 décadas de políticas inflacionarias**”, Presentación del libro <Control e inflación. La inviabilidad del sistema venezolano de planificación centralizada de precios>, Universidad Metropolitana, Caracas 2015, p. 8.

Quizás la razón fundamental de la descomposición institucional es la infectividad de la garantía judicial. Se ha desmontado el control jurisdiccional del poder con repercusiones nefastas sobre la seguridad jurídica, la legalidad, el Estado de Derecho y la democracia. Desde los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia hasta el último tribunal de municipio han dejado de funcionar de forma independiente, objetiva y eficazmente frente a los otros poderes³. La cooptación político partidista de todos los cargos públicos, en especial de los jueces de máxima instancia, es lo que más ha resentido esta paulatina deriva autoritaria, que ya no deja dudas de haberse convertido en una “**dictadura totalitaria**”⁴.

Seguidamente presentamos un catálogo de los derechos y garantías fundamentales en la Constitución de 1999 que definen los principios de la moralidad fiscal, como consagración constitucionalizada de esa ética pública que, en términos de Tipke, son tan convincentes y razonables que inspiran la actuación de los poderes públicos y de los ciudadanos para que la tributación pueda considerarse justa⁵. Pero también daremos cuenta de algunas paradojas irreconciliables consecuencia directa de la desinstitucionalización de esa ética juridificada, que se ha vaciado de contenido con la deriva autoritaria del Estado fiscal, impidiendo el desarrollo equilibrado del modelo de ética pública propio de la modernidad y el cumplimiento de sus objetivos en favor de la dignidad humana⁶.

Somos de la convicción de que, el tributo solo se justifica éticamente cuando se destina efectivamente al crecimiento económico y a la elevación del nivel de vida de la población. Eso solo lo garantiza el

³ En complemento se ha desmontado el control externo, objetivo y neutral sobre el ejercicio del poder en Venezuela, en respeto y garantía de los derechos humanos, como consecuencia de la ilegítima denuncia por parte del Ejecutivo Nacional de la Convención Americana de Derechos Humanos y más recientemente, con el retiro de Venezuela de la organización hemisférica, mediante la denuncia de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como el sistemático desconocimiento y desaplicación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de la OEA.

⁴ *Cfr.* SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia?, Editorial Taurus, Madrid 2007, p. 157.

⁵ *Cfr.* TIPKE, Klaus, *Op. cit.*, p. 22.

⁶ *Cfr.* PECES-BARBA, Gregorio, Ética, poder y derecho. *Reflexiones ante el fin de siglo*, Primera reimpresión, Distribuciones Fontamara, S. A. México D.F, 2004, p. 151.

consenso democrático, que se construye en un Estado de Derecho, con una efectiva separación de poderes públicos y con un control judicial efectivo de constitucionalidad y legalidad. De lo contrario el tributo no pasará de ser otra forma más de dominación y control social.

Ojalá la explicación y la crítica de la tragedia venezolana sirva para aprender una lección sobre moral institucional y sobre la moral tributaria en particular. Porque como bien se ha dicho **“la indiferencia ante la injusticia es la puerta del infierno”**⁷.

I. MORAL DEL LEGISLADOR TRIBUTARIO

En Venezuela el ejercicio anómalo del Poder Público se produce en abierta contradicción a un ordenamiento constitucional que promueve **la ética como razón de Estado**⁸. Así lo confirman sus normas de apertura (artículos 2 y 3), cuando enuncian: **(i) “Venezuela se constituye como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”**⁹, un **(ii) “...Estado [que] tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en [la] Constitución”**¹⁰.

Definitivamente la Constitución vigente identifica la ética como un valor superior del ordenamiento jurídico y condición de validez del poder político. Su objeto la protección de la dignidad humana y del bien común.

⁷ Cfr. BREWER CARIAS, Allan, *La patología de la justicia constitucional*, Tercera Edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Carracas, 2014, p. 11.

⁸ Cfr. SOSA G., Cecilia, *La ética como fundamento de la justicia*, Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2017, p. 54.

⁹ Artículo 2 de la CRBV.

¹⁰ Artículo 3 de la CRBV.

Es más, el diseño del texto constitucional sobre el “sistema tributario” corresponde al paradigma del “estado impositivo”¹¹, esto es, el que procura la tributación **(i)** conforme a la ley previa, estricta y cierta, **(ii)** según la capacidad contributiva efectiva, en condiciones de igualdad y progresividad, **(iii)** preservando las fuentes impositivas y promoviendo el desarrollo económico, **(iv)** elevando el nivel de vida de la población, **(v)** para contribuir al financiamiento de los gastos públicos con fundamento en deberes solidaridad social, en consistencia con la forma política del Estado social democrático y de derecho.

Sin embargo, “la Constitución de 1999 no nació con auténtica vocación emancipadora y tuitiva de los derechos, sino como una de esas *Constituciones fachada* abigarrada de los valores del constitucionalismo, que terminan convirtiéndolo todo en declaraciones de buenas intenciones, pero que sacrifican lo que es verdaderamente importante, esto es, la protección individual de los derechos fundamentales”¹². A esto se suma que el gobierno y los jueces, en especial los del Tribunal Supremo de Justicia, han sido los primeros en preterir el carácter

¹¹ Ver, WEFTE, Carlos, “**Tributación y regulación: notas introductorias al debate sobre la función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho**”, en *Tributación y Regulación*, Memorias de las XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2015, p. 131.

¹² MEIER G., Eduardo. *La eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional*, Serie Estudios No. 105, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, p. 112. También en MEIER G., Eduardo, “**Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en el ISR**”, en *El Impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma*, XVI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, organizadas por la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017, p. 175. Según la clasificación de BARBERIS, Mauro. *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 39. También sobre este particular CASAL, siguiendo a SARTORI, señala que la Pseudoconstitución o Constitución fachada, se distinguen de la denominada constitución semántica de (Loewenstein), “porque en verdad son ‘constituciones-trampa’. Su condición de letra muerta, de Constituciones que no son observadas, al menos, precisa el autor, “en lo que respecta a sus características garantistas fundamentales”, termina convirtiéndolas en engañosas...” CASAL, Jesús M., “¿De la Constitución nominal a la constitución fachada? Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011, p. 361-386, consultado el 30 de abril de 2018, <disponible en web: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3972/3488>>.

inderogable e inviolable de los derechos humanos, convirtiendo el texto constitucional en una auténtica fachada¹³.

1. Reserva legal y legalidad tributaria

A. Consagración de la garantía

La creación de los tributos es materia de reserva legal. Así lo preceptúa el artículo 317 Constitucional¹⁴. Solo por Ley como acto emanado de los órganos legislativos del Estado se podrán crear tributos. La reserva legal es una garantía de protección del derecho de propiedad de forma que ninguna exacción podrá establecerse válidamente sin que para ello cuente con la previa cobertura normativa de rango legal.

El ejercicio del Poder tributario originario corresponde a los órganos legislativos de los entes político-territoriales en que se encuentra distribuido el Poder Público a nivel territorial. Dichas facultades legislativas se concretan desde el texto constitucional mediante la atribución de ramos tributarios específicos que constituyen ingresos propios: la República a nivel nacional (artículo 156 (12))¹⁵, las Entidades Federales a nivel estatal (artículo 167¹⁶) y los Municipios a nivel local

¹³ Ídem. También *vid.*, BREWER-CARIAS, Allan, *La consolidación de la tiranía judicial <el juez constitucional controlado por el Poder Ejecutivo asumiendo el Poder Absoluto>*, Colección Estudios Jurídicos No. 15, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas/New York, 2017, p. 25.

¹⁴ **Artículo 317 de la CRBV:** No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

¹⁵ **Artículo 156 de la CRBV:** Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución y la ley.

¹⁶ **Artículo 167 de la CRBV:** Son ingresos de los Estados:

1. Los procedentes de su patrimonio y de la administración de sus bienes.
2. Las tasas por el uso de sus bienes y servicios, multas y sanciones, y las que les sean atribuidas.

(artículo 179¹⁷). La Constitución prevé también la facultad de delegación legislativa del poder tributario originario desde el Poder Nacional a favor de los Estados o Municipios para promover la descentralización (artículo 157¹⁸), así como la potestad normativa para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias

3. El producto de lo recaudado por concepto de venta de especies fiscales.

4. Los recursos que les correspondan por concepto de situado constitucional. El situado es una partida equivalente a un máximo del veinte por ciento del total de los ingresos ordinarios estimados anualmente por el Fisco Nacional, la cual se distribuirá entre los Estados y el Distrito Capital en la forma siguiente: un treinta por ciento de dicho porcentaje por partes iguales, y el setenta por ciento restantes en proporción a la población de cada una de dichas entidades. En cada ejercicio fiscal, los Estados destinarán a la inversión un mínimo del cincuenta por ciento del monto que les corresponda por concepto de situado. A los Municipios de cada Estado les corresponderá, en cada ejercicio fiscal, una participación no menor del veinte por ciento del situado y de los demás ingresos ordinarios del respectivo Estado. En caso de variaciones de los ingresos del Fisco Nacional que impongan una modificación del Presupuesto Nacional, se efectuará un reajuste proporcional del situado. La ley establecerá los principios, normas y procedimientos que propendan a garantizar el uso correcto y eficiente de los recursos provenientes del situado constitucional y de la participación municipal en el mismo. 5. Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que se les asigne por ley nacional, con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales. Las leyes que creen o transfieran ramos tributarios a favor de los Estados podrán compensar dichas asignaciones con modificaciones de los ramos de ingresos señalados en este artículo, a fin de preservar la equidad interterritorial. El porcentaje del ingreso nacional ordinario estimado que se destine al situado constitucional, no será menor al quince por ciento del ingreso ordinario estimado, para lo cual se tendrá en cuenta la situación y sostenibilidad financiera de la Hacienda Pública Nacional, sin menoscabo de la capacidad de las administraciones estatales para atender adecuadamente los servicios de su competencia. 6. Los recursos provenientes del Fondo de Compensación Interterritorial y de cualquier otra transferencia, subvención o asignación especial, así como de aquellos que se les asigne como participación en los tributos nacionales, de conformidad con la respectiva ley.

¹⁷ **Artículo 179 de la CRBV:** Los Municipios tendrán los siguientes ingresos: (...) 2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística. 3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.

¹⁸ **Artículo 157 de la CRBV:** La Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización.

(artículo 156 (13))¹⁹ y la legislación sobre ciertos tributos de administración local²⁰.

Los entes político-territoriales estatales y locales pueden ejercer un poder derivado en los dominios de la función legislativa propia, previa delegación del Poder Nacional. Incluso los tributos nacionales podrán ser cedidos a los Estados o Municipios en lo que respecta a la facultad de administrar y percibir el recurso tributario²¹.

Excepcionalmente, el Poder Ejecutivo Nacional puede crear y modificar tributos mediante delegación expresa del poder legislativo nacional por ley habilitante mediante la forma de los Decretos con fuerza y rango de Ley²².

En todo caso, el ejercicio de este poder tributario está ceñido a la garantía de la reserva legal. Esto supone que la validez formal de los tributos está condicionada a su aprobación por medio de una ley formal y materialmente sancionada por el Poder Legislativo, por intermedio del procedimiento predeterminado en la Constitución (garantía procedimental), que permite el más amplio consenso y la participación de las minorías, perfeccionando el principio de representatividad, la publicidad y la transparencia (*lex certa*)²³.

Esto implica un rechazo a la deslegalización o a la degradación del rango de ley, esto es, rige una prohibición de delegación *por* vía reglamentaria para la fijación de los elementos esenciales, cualitativos

¹⁹ **Artículo 156 de la CRBV:** Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) **13.** La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.

²⁰ **Artículo 156 de la CRBV:** Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) **14.** La creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los Municipios, de conformidad con esta Constitución.

²¹ **Artículo 167 de la CRBV:** Son ingresos de los Estados:(...) **5.** Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que se les asigne por ley nacional, con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales.

²² **Artículo 236 de la CRBV:** Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República. (...) **8.** Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.

²³ MEIER G., Eduardo. “Reflexiones sobre el sistema tributario y el principio de Legalidad Tributaria en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Corporativo*, Vol. 2, No. 1, Universidad Metropolitana, Caracas, 2002, p. 85-86.

y cuantitativos, del tributo reservados a la ley. Ello apareja la reivindicación de la prohibición de cláusulas legales indeterminadas, inciertas, genéricas, exigiendo que la ley tipifique los elementos esenciales del tributo (hecho imponible, alícuota, base de cálculo y sujetos pasivos) y demás materias reservadas a la ley.

Por su parte, el Código Orgánico Tributario (COT) dispone en su artículo 3²⁴ la prohibición de normas indeterminadas e incompletas, como una forma de reducir la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria, así como de la Administración Tributaria, con la finalidad de sustraer determinadas materias a la potestad reglamentaria o por lo menos su formación primaria supeditándola al solo desarrollo complementario “según el espíritu, propósito y razón”²⁵ de la Ley.

²⁴ **Artículo 3 del COT:** Sólo 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.

Parágrafo Primero. Los órganos legislativos nacional, estatales y municipales, al sancionar las leyes que establezcan exenciones, beneficios, rebajas y demás incentivos fiscales o autoricen al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones, requerirán la previa opinión de la Administración Tributaria respectiva, la cual evaluará el impacto económico y señalará las medidas necesarias para su efectivo control fiscal. Asimismo, los órganos legislativos correspondientes requerirán las opiniones de las oficinas de asesoría con las que cuenten.

Parágrafo Segundo. 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.

Parágrafo Tercero. Por su carácter de determinación objetiva y de simple aplicación aritmética, la Administración Tributaria Nacional reajustará el valor de la Unidad Tributaria de acuerdo con lo dispuesto en este Código. En los casos de tributos que se liquiden por períodos anuales, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente durante por lo menos ciento ochenta y tres (183) días continuos del período respectivo. Para los tributos que se liquiden por períodos distintos al anual, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente para el inicio del período.

²⁵ **Artículo 236 de la CRBV: Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: ... 10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón.**

La forma de ley será el medio en que resulta aceptable y legítimo para la afectación de bienes como la propiedad, la libertad económica, la libre iniciativa privada, entre otros derechos fundamentales vinculados con la tributación²⁶, pues con ello se evita la primacía de intereses sesgados o corporativos, pero también atiende a la protección de la seguridad jurídica, a la calculabilidad, la predictibilidad y la estabilidad del derecho tributario.

Sin embargo, la legalidad es de las primeras garantías que se resienten en toda deriva autoritaria²⁷. La ley deja de ser la expresión de la voluntad popular, mostrando las verdaderas intenciones de uso desviado tal como con la figura del decreto-ley, para sortear las exigencias del procedimiento legislativo, como veremos seguidamente²⁸.

B. Inmoralidades contra la reserva legal y la legalidad tributaria.

a. El abuso del expediente de leyes delegatorias o habilitantes.

En Venezuela la delegación legislativa mediante Ley Habilitante²⁹ pervirtió el proceso legislativo. La Ley ordinaria se convirtió en

²⁶ Se pretende reservar ciertas materias a la forma de ley, en el entendido de que la intervención de los representantes de los ciudadanos en un proceso legislativo, caracterizado por los principios de contradicción, transparencia y publicidad produce una norma con mayor legitimidad que las demás. La ley aparece como la expresión de la voluntad popular, evitando así que el Poder Ejecutivo entre a regular ciertos temas sin el debate público, la negociación y el consenso que exige la formación de la ley, para un mayor grado de aceptación y eficacia normativa, *Cfr.* MEIER G., Eduardo. *Ob. cit.*, Caracas, 2002, p. 87.

²⁷ De allí, *verbi gratia*, el relajamiento del principio de reserva legal del Parágrafo Segundo del artículo 3 del COT reformado en 2014, que contempla “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”.

²⁸ *Cfr.* MEIER G., Eduardo, “**Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en el ISR**”, en *El Impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma*, XVI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, organizadas por la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017, p. 182.

²⁹ **Artículo 203 de la CRBV:** (...) Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes de base deben fijar el plazo de su ejercicio. **Artículo 236 de la CRBV:** Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República. (...) 8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.

excepción a favor del Decreto-Ley que se convirtió en regla. La usurpación del rango legal también se ha efectuado con el reciente uso de decretos de emergencia económica por el Presidente de la República, incluso por decisiones normativas de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC)³⁰.

Entre los años 1999 y 2016 se dictaron aproximadamente 365 Decretos-ley aprobados mediante 7 Leyes habilitantes, incompatibles con los principios y valores de la propia Constitución de 1999. Este fenómeno produjo una autocastración del legislador ordinario y dio paso subrepticio a la figura del “colegislador absoluto”. Un protagonismo legislativo que además no está sometido a controles constitucionales previos como sí lo está el legislador ordinario (control de constitucionalidad³¹, carácter orgánico³², veto presidencial³³).

En efecto, “el artículo 203 de la Constitución no somete a los Decretos-ley a **ningún límite material** (solo señala que la ley que los habiliten establecerá las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan) **ni a controles previos** (control de constitucionalidad

³⁰ Academias Nacionales de Venezuela, “*Pronunciamiento de las Academias Nacionales ante la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente*”, Caracas, agosto, 2017, consultado el 5 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/2017-08-15%20Pronunciamiento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf>>.

³¹ **Artículo 215 de la CRBV (...)** Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitarán el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.

³² **Artículo 203 de la CRBV: (...)** Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas, antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica la ley perderá este carácter

³³ **Artículo 214 de la CRBV:** El Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido. Dentro de ese lapso podrá, con acuerdo del Consejo de Ministros, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o parte de ella.

del carácter orgánico, veto presidencial, control de constitucionalidad antes de su promulgación) a los que sí se someten las leyes ordinarias y orgánicas. Además, para convertirse en ley todo proyecto recibirá dos discusiones (artículo 207) y deberá consultarse a los órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión (artículos 206 y 211). La regulación del Decreto-ley demuestra una descompensación de la parte orgánica de la Constitución con los principios democráticos y derechos fundamentales (representatividad y participación ciudadana, entre otros), dejando ver una vocación presidencialista y autoritaria, apenas solapada por la presentación sobredimensionada y grandilocuente de los derechos”³⁴.

³⁴ MEIER G., Eduardo, *Ob. cit.*, No. 24, p. 176. En este sentido, no es difícil percibir que “los eventuales controles judiciales (de constitucionalidad) o políticos (referendo abrogatorio o ley parlamentaria), serán una respuesta *a posteriori*, por ende, tardía e ineficaz, frente a la inconveniente y apresurada regulación de materias cuya sensibilidad, exigía previa deliberación y contradictorio por medio del procedimiento legislativo”. Ver “Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en razón de los recientes Decretos-Ley dictados por el Presidente de la República” (referido al uso de la última Ley habilitante), de fecha 2 de diciembre de 2014, “...el proceder inconstitucional seguido por el Presidente de la República, al recientemente dictar Decretos-Ley, anunciados en números ordinarios de la Gaceta Oficial los días 18 y 19 de noviembre de 2014 y publicados, efectivamente, a través de diversos números extraordinarios de la mencionada Gaceta, pero tan solo disponibles al público, a partir del día 24 de noviembre, fecha en la que ya había expirado el lapso de la delegación legislativa otorgada al Presidente de la República por la Asamblea Nacional. Advierte esta corporación a la comunidad que, independientemente de su contenido, esos Decretos-Ley son dudosa constitucionalidad, por cuanto han excedido el límite de la facultad temporal que, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución, le concedió la Asamblea Nacional al Presidente de la República” (...) “...expresa su rechazo la Academia de Ciencias Políticas y Sociales al uso que se ha dado a la facultad excepcional de legislar, a través de Decretos-Ley, previa habilitación de la Asamblea Nacional, con exceso de poder, pues ella de ninguna forma permite al Ejecutivo sustituirse en la labor parlamentaria de elaboración del ordenamiento jurídico conforme al Estado de Derecho que consagra la Constitución. A través de los mencionados Decretos-Ley han sido regulados, modificados, derogados y suprimidos importantes y sensibles sectores del ordenamiento jurídico nacional como son los relativos a la organización del Poder Público, al régimen tributario y al sistema económico, sin previa difusión y sin ningún tipo de consulta pública, deliberación o discusión, obviando la participación de los sectores interesados o afectados por los decretos y con íntegra sustitución de leyes preexistentes mediante la producción de nuevas leyes, en lugar de reformas parciales o puntuales”. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “**Pronunciamiento en razón de los recientes Decretos-Ley dictados por el presidente de la República**”, Caracas, noviembre de 2014, consultado el 19 de mayo de 2018, disponible en web: < <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/v4PronunciamientoACPSLeyhabilitante0121214.doc.pdf>>

El Presidente de la República como colegislador absoluto reformó la legislación orgánica COT³⁵ y ordinaria en materia tributaria. Además, lo hizo sin que mediara circunstancia extraordinaria e imprevista en la vida del país, con la única pretensión de obviar los controles propios del proceso parlamentario, la discusión y la consulta³⁶ que procura la deliberación, el consenso y el respeto a las minorías, quebrantando la garantía democrática del pluralismo político³⁷.

Podemos mencionar como parte de las antinomias producidas por el legislador absoluto, la parte *in fine* del párrafo segundo del artículo 3 del COT, así como los artículos 84, 197, el segundo párrafo del artículo 171, el artículo 193 y el Parágrafo Primero del artículo 51 de la LISR de 2015³⁸, que respectivamente permiten **(i)** modificación de alícuotas impositivas, en los límites legales pero en cualquier momento, **(ii)** la designación sublegal de agentes de retención o percepción, **(iii)** la fijación de porcentajes de retención y percepción, **(iv)** el establecimiento selectivo de alícuotas distintas para determinados sujetos pasivos o sectores económicos, **(v)** así como la exclusión subjetiva del ajuste por inflación, sobre sujetos calificados así por actos reglamentarios del tributo.

El expediente de los Decretos de Emergencia es la última forma de deslegalización utilizada por del Poder Ejecutivo. De esta forma el

³⁵ Decreto No. 1.434 del 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Tributario publicado en *Gaceta Oficial* No. 6.152 *Extraordinaria* el 18 de noviembre de 2014.

³⁶ **Artículo 207 de la CRBV:** Para convertirse en ley todo proyecto recibirá dos discusiones, en días diferentes, siguiendo las reglas establecidas en esta Constitución y en los reglamentos respectivos. Aprobado el proyecto, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional declarará sancionada la ley.

Artículo 206 de la CRBV: Los Estados serán consultados por la Asamblea Nacional, a través del Consejo Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos. La ley establecerá los mecanismos de consulta a la sociedad civil y demás instituciones de los Estados, por parte del Consejo en dichas materias.

³⁷ **Artículo 2 de la CRBV:** Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

³⁸ Decreto No. 2.163 del 29 de diciembre de 2015, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta publicado en *Gaceta Oficial* No. 6.210 *Extraordinaria* el 30 de diciembre de 2015.

Presidente de la República ha pretendido sortear la legalidad y la representatividad democrática. Es el caso del Decreto No. 3.393 del 30 de abril³⁹ a través del cual, facultó a la Administración Tributaria Nacional, el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria y Aduanera (SENIAT) para reajustar la UT, con base a los análisis técnicos distintos de la información producida por el BCV. De esta forma se contrarió el artículo 131 (15) del COT que ordena a la Administración Tributaria reajustar la UT previa opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, sobre la base de la variación producida en el Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) fijado por el BCV, del año inmediatamente anterior. De esta forma se deslegalizó ilegalmente en la Administración Tributaria la fijación del valor de la UT al margen del control de la Asamblea Nacional y de la información técnica idónea.

El abuso se consumó cuando el SENIAT realizó el ajuste de la UT en un 70% cuando la inflación anual acumulada fue de 2.616% al cierre de 2017 subestimándola un 97%.

En consecuencia, la deslegalización de la norma orgánica y codificadora (COT) se produce por la supresión del control preceptivo del Poder Legislativo Nacional, que se patentiza en la previa opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, que a su vez se articula sobre la base de la variación producida en el INPC, del año inmediatamente anterior, fijado por el BCV. De esta forma se vulneraron una serie de principios constitucionales y garantías institucionales que son inviolables e inderogables, relativas a eficacia, especialización, transparencia, responsabilidad y rendición de cuentas en el ejercicio de la función pública (artículo 141 de la Constitución⁴⁰), así como la necesaria coordinación y coherencia en la fijación de dicha unidad de medida homogénea, que exige la colaboración de

³⁹ Decreto No. 3.393 del 30 de abril de 2018, mediante el cual se faculta al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria para reajustar la Unidad Tributaria publicado en *Gaceta Oficial* No. 41.387 el 30 de abril de 2018.

⁴⁰ **Artículo 141 de la CRBV:** 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.

una serie de órganos a los que incumbe su ejercicio (artículo 136 de la Constitución⁴¹).

Además de la deslegalización, con la reforma del COT se produjo el agravamiento de las sanciones, con la tipificación de nuevos ilícitos tributarios, incluyendo un tipo que parece más un delito de opinión, como es el de instigación pública al incumplimiento de la normativa tributaria, que se sanciona con pena restrictiva de la libertad de uno (1) a cinco (5) años.⁴² Así mismo, se introduce la descodificación en materia penal tributaria,⁴³ contraria a la seguridad jurídica y legalidad penal como propósito de la codificación tributaria que se inició con el COT de 1982.

Ahora se recurre a la ANC para deslegalizar y desinstitucionalizar la tributación al margen de la Asamblea Nacional. Mencionemos el acto denominado **“Ley Constitucional sobre la creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria”**⁴⁴. La ANC solo tiene el propósito espurio de anular y suprimir a la Asamblea Nacional, único órgano del Poder Público legitimado por el pueblo venezolano mediante elecciones libres, universales, directas y secretas, para legislar en las materias de competencia Nacional, refuerza su ilegitimidad de origen⁴⁵⁻⁴⁶ y la desviación.

La **“Ley Constitucional sobre la creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria”** prevé que las multas y sanciones previstas en el

⁴¹ **Artículo 136 de la CRBV:** El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

⁴² **Artículo 123 del COT**

⁴³ **Artículo 81 del COT:** Las leyes especiales tributarias podrán establecer ilícitos y sanciones adicionales a los establecidos en este Código.

⁴⁴ Ley Constitucional sobre la Creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria, publicada en *Gaceta Oficial* No. 41.305 del 21 de diciembre de 2017.

⁴⁵ *Ob. Cit.* No. 28. Disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/2017-08-15%20Pronunciamento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf>>.

⁴⁶ Academia de Ciencias Políticas y Sociales, **“Pronunciamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ante la “Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia”, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente”**, Caracas, diciembre, 2017, consultado el 8 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Ley%20Contra%20el%20Odio.%20Acienpol.pdf>>.

ordenamiento jurídico cuyo monto sea establecido en UT deberán calcularse con base en la Unidad Tributaria Sancionatoria “UTS”, que es competencia del Ejecutivo Nacional la determinación del valor de la UTS y que, debe reajustarlo los primeros días del mes de febrero de cada año, con base en la variación producida en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Área Metropolitana de Caracas, en el año inmediatamente anterior.

No obstante, pretender tipos diferenciados de corrección monetaria para los umbrales de tributación y para la expresión cuantitativa de las sanciones pecuniarias, constituye **(i)** una regulación discriminatoria y desviada de la finalidad técnica de la UT como unidad de medida homogénea que, como tal, sólo debe ser universal y unívoca, **(ii)** un vaciamiento y tergiversación del carácter retributivo y no recaudatorio de las sanciones tributarias y **(iii)** un retroceso al derecho penal del infractor, que desdice de los principios de afectación del bien jurídico tutelado, de la sanción como última ratio y demás principios garantistas previstos en la Constitución.

b. El impuesto inflación.

Paradójicamente el principal tributo en Venezuela es la hiperinflación. Una exacción absolutamente al margen de la legalidad, sin límites ni control institucional.

El privilegio monopolístico en la creación de dinero ha sido pervertido por el Gobierno con la complicidad del BCV como un instrumento recaudatorio para financiar sus déficits fiscales. Aparte de su carácter clandestino (no consentido por sus destinatarios), incierto e impredecible, la inflación es la práctica monetaria más inmoral por su carácter destructivo del poder de compra, regresivo y distorsionante. Respeta las apariencias de los valores nominales, pero destruye la realidad del poder adquisitivo.

Al cierre de 2017 los déficits del Gobierno Central superaron el 9% del Producto Interno Bruto (PIB) durante los últimos ocho años. El BCV aumentó en más de 20 veces esta emisión monetaria en 2017, en la forma de *créditos a las empresas públicas no financieras*, la cual pasó de Bs. 5,6 billones el 30 de diciembre de 2016 a más de Bs. 120 billones un año más tarde. Tal incremento explica la hiperinflación de

2.616% registrada por la *Comisión Permanente de Finanzas y Desarrollo Económico* de la Asamblea Nacional en 2017⁴⁷.

La destrucción de la economía nacional por la hiperinflación tiene consecuencia directa en la caída de la recaudación real, constituye un estímulo perverso que induce al retraso o incluso al incumplimiento de los contribuyentes de sus obligaciones fiscales formales y materiales.

En hiperinflación la tributación y la eficacia recaudatoria pierden sentido económico. Su funcionalidad queda reducida a la de otro mecanismo de control social, apalancada en la intimidación y en la amenaza de los medios administrativos y penales de coacción de la recaudación tributaria.

2. Capacidad contributiva, no discriminación, razonabilidad de los tributos y prohibición de confiscación.

A. Consagración del derecho.

El derecho a contribuir con arreglo a la capacidad económica encuentra concreción expresa en el enunciado del artículo 316⁴⁸ del Texto Fundamental de 1999. Lo complementan la prohibición de discriminación 21(1)⁴⁹ y la prohibición de confiscación del artículo 317⁵⁰ Constitucionales.

⁴⁷ Academias Nacionales de Venezuela, *“Las Academias Nacionales se dirigen al presidente de la República, al ministro del Poder Popular de Economía y Finanzas y al presidente del Banco Central de Venezuela, ante los anuncios en materia monetaria del Gobierno Nacional”*, Caracas, abril, 2018, consultado el 30 de abril de 2018. Disponible en web: < <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Comunicado%20conjunto%20-%20Nuevo%20cono%20monetario%20%20y%20Petro%20Final-1.pdf>>.

⁴⁸ **Artículo 316 de la CRBV**: El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas 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

⁴⁹ **Artículo 21 de la CRBV**: Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

⁵⁰ **Artículo 317 de la CRBV** 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.

Se trata de un derecho con un contenido esencial que vincula al legislador y es susceptible de tutela judicial. Su virtualidad aparece conectada a nociones elocuentes como las de “sistema tributario”, “justa distribución de las cargas públicas”, “capacidad económica”, “progresividad del sistema”, “protección de la economía nacional y elevación del nivel de vida de la población” y “recaudación eficiente”, que denotan la extensión del derecho en cuestión y prefiguran su contenido esencial. Su objetivo es servir de criterio para el reparto de las cargas públicas y otorgar al contribuyente un derecho a contribuir a los gastos generales de acuerdo con su respectiva capacidad económica⁵¹.

De un lado, las nociones de **(i)** “sistema tributario”, “capacidad económica”, “protección de la economía nacional y elevación del nivel de vida de la población” y “sistema de recaudación eficiente”, enfatizan las exigencias instrumentales de coherencia interna del tributo, del orden del conjunto tributario, así como su eficiencia. Por su parte las nociones de **(ii)** “**justa distribución de las cargas públicas**”, “**progresividad del sistema**” y “**no confiscación**”, enfatizan las exigencias de racionalidad axiológica, esto es, promueven el valor de la justicia del tributo, las cuales complementan la racionalidad técnica implicada en la exigencia de coherencia en el diseño de la exacción y en el conjunto que el sistema implica.

a. Sustrato técnico o instrumental.

Hay un *sólo* sistema tributario, en una *sola* economía, pero también una *sola* capacidad contributiva que es incidida por los distintos tributos y por los distintos poderes tributarios. Se opone a toda contradicción o antinomias y hasta las lagunas axiológicas, así como la contradicción tributaria sistémica cuya expresión más patológica es la múltiple imposición interna. Por eso, la coherencia del sistema exige la de los tributos individualmente y la del conjunto con el propósito de promover la “**protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población**”⁵². Así mismo, la condición

⁵¹ HERRERA M., Pedro M., *Capacidad económica y sistema fiscal <análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho Alemán>*, Marcial Pons, Madrid 1998, p. 134.

⁵² La coordinación tributaria supone la coherencia entre las distintas formas de imposición sobre la capacidad contributiva, con el propósito de evitar superposiciones y lagunas que quebranten la homogeneidad en la imposición.

de “**sistema**” se enlaza con las exigencias de coordinación y cooperación entre los poderes y competencias tributarios, cuya connotación más saliente es el “**principio de armonización tributario**” que ejerce el centro sobre la periferia. De lo contrario no se estaría frente a un sistema, sino en presencia de un régimen tributario⁵³ o peor aún, en una “distopía⁵⁴” como grado superlativo y perverso de anarquía.

Como quiera que el sistema tributario tiene como finalidad la “**protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población**”, los fines extrafiscales de la tributación encontrarían justificación en la medida que otros bienes constitucionales promuevan tal desviación, sean para acentuar la imposición o para producir el desgravamen, desestimulando o estimulando económica, social o culturalmente la actividad de que se trate o sencillamente atendiendo a algún propósito de solidaridad social que justifique el sacrificio contributivo de la propiedad particular.

A su vez la noción de “**capacidad económica**”, resalta la sustancia económica del tributo. Siendo el tributo ante todo una categoría jurídica, pero con sustancia económica, siempre se expresará como una magnitud económica que deberá ser representada y cuantificada de alguna forma idónea, lo que responderá a una racionalidad técnica específica según la naturaleza del hecho concreto revelador de dicha expresión de riqueza. *El material económico es el punto de conexión entre las situaciones reales y la normatividad tributaria adecuada a una situación dada.*

⁵³ Cfr. PLAZAS V., Mauricio, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, Tomo II, Derecho Tributario, Segunda edición, Temis, Santa Fe de Bogotá 2005, p. 397.

⁵⁴ La voz distopía (dystopia) designa un “mal lugar”. Una **distopía**, también denominada **antiutopía**, es una utopía *perversa* donde la realidad transcurre en términos opuestos a los de una sociedad ideal. El término fue acuñado como antónimo de **utopía** y se usa principalmente para hacer referencia a una sociedad ficticia donde las consecuencias de la manipulación y el adoctrinamiento masivo - generalmente a cargo de un Estado autoritario o totalitario - llevan al control absoluto, condicionamiento o exterminio de sus miembros bajo una fachada de benevolencia. El concepto se asocia con regímenes dictatoriales. Por su parte, la **distopía** económica implica dominación, engaño e ineficiencia bajo un pretexto de benevolencia. CUSIMANO, Javier, “*El término de distopía funciona como antónimo de utopía. En la siguiente nota de análisis de las distopías representadas en el cine y la literatura*”, consultada el 25 de mayo de 2018, disponible en web: <<https://ecotropia.noblogs.org/2011/02/637/>>.

Como las normas tienen un contenido cognitivo que puede analizarse críticamente con ayuda de informaciones científicas y técnicas, las distintas ciencias sociales aportan materiales que son relevantes para el derecho, son los contenidos legales que permiten conocer el alcance de los intereses involucrados. El derecho debe ser coherente con esta realidad y elaborar una concepción racional práctica y crítica.

Pero hay más. La capacidad contributiva como índice económico de riqueza y causa del gravamen, tiene que ser una riqueza *efectiva*: el impuesto no debe gravar la capacidad “productiva”, sino la riqueza obtenida “efectivamente”; no debe establecer presunciones *iuris et de iure* que imputen una riqueza meramente probable al contribuyente, ni ficciones que fabulen una realidad artificial, así como tampoco cabe gravar rendimientos puramente nominales en situaciones de inflación. En todo caso, la concreción del principio en cada situación demandará el acercamiento o el alejamiento del mismo, debido a la ponderación de otros bienes constitucionales⁵⁵. Los fines extrafiscales o aquellos que primen la practicabilidad administrativa, deberán justificar una restricción del principio de capacidad económica, mediante el control de razonabilidad.

La promoción de la racionalidad del sistema se traduce en la eficiencia del mismo, esto es, a la realización de los fines que la predeterminan. La eficiencia del sistema tributario no debe ser confundida con la eficiencia de la administración tributaria. La primera implica y comprende la segunda. La eficiencia del sistema se refiere más ampliamente a la **(i)** la incidencia neutral del tributo sobre la economía, esto es, evitar distorsiones en la asignación de recursos, **(ii)** la suficiencia del producto en relación con el costo de la recaudación, **(iii)** la minimización del

⁵⁵ El caso clínico lo representa la decisión de la Sala Constitucional que declaró la inaplicación del IVA sobre los servicios médicos privados, bajo el argumento de la precedencia de la salud pública respecto del derecho a contribuir con arreglo a la capacidad contributiva, para en definitiva declarar exento el servicio de salud del impuesto en cuestión. Señaló la Sala que: “...no puede el Estado, [...] promover la desigualdad en cuanto a la garantía de acceso a los servicios de salud, mediante la aplicación de un impuesto al valor agregado a los contribuyentes que requieran de atención médico asistencial, odontológica, de cirugía y hospitalización prestados por instituciones privadas”. Sentencia de fecha 5 de junio de 2003, caso *Fernando Bianco y otros en acción de nulidad y amparo contra Ley de impuesto al valor agregado*, consultada en URSO C., Giuseppe y DIAZ, I., Valmy, *El IVA <una década de jurisprudencia en Venezuela>*, Editorial Paredes, Caracas 2004, p. 137.

costo de cumplimiento para el sujeto pasivo y los terceros y *(iv)* la recaudación eficaz por la administración tributaria, recordando el principio instrumental de la gestión administrativa al servicio del ciudadano y su sometimiento pleno a la ley y al derecho *ex* artículo 141 Constitucional. Sobre este último particular volveremos más adelante, solo anticipando desde ya nuestra convicción de que la recaudación tributaria no es un fin en sí misma, la recaudación ni la practicabilidad administrativa justifican una tributación inconstitucional ya que como ordena el mandato constitucional, ésta solo tiene fines instrumentales, esto es, está al servicio de la tributación con arreglo a la capacidad económica.

b. Sustrato axiológico.

La capacidad económica como soporte axiológico del tributo se mueve en una doble dimensión de tipo horizontal y vertical.

Horizontalmente, implica que sujetos con la misma capacidad económica tributen por el mismo concepto en igualdad de circunstancias, esto es, se proscriben las discriminaciones impositivas. Esta prohibición se subsume en la prohibición constitucional más general regulada por el artículo 21(1) Constitucional⁵⁶.

Verticalmente, la igualdad no implica que todo contribuyente deba ser tratado en idéntica situación (bases imponibles) cuando tienen capacidades económicas distintas a los fines del tributo de que se trate. Tales diferencias de tratamiento pueden existir “...**siempre que esas diferencias no violen los límites de la racionalidad**”. De igual forma implica que la presión del gravamen debe aplicarse progresivamente, esto es, la carga contributiva individual debe aumentar en una proporción mayor al incrementar la riqueza disponible, típicamente vinculada a aumentos de la alícuota o del tipo de gravamen. La progresividad es una técnica que se asocia con la redistribución de la renta⁵⁷.

⁵⁶ **Artículo 21 de la CRBV:** Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

⁵⁷ CARVALHO, Cristiano, *Teoría de la decisión tributaria*, Biblioteca de Derecho Financiero y Tributario LEX, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile 2017, p. 212.

Como quiera que el principio de capacidad económica se fundamenta en los principios de la **función social de la propiedad y solidaridad**, quien más tiene más puede contribuir al gasto común, razón por la cual, en este sentido parece coherente concebirlo como “**capacidad económica progresiva**”⁵⁸. La progresividad tiene su ejemplificación y realización más saliente en el impuesto sobre la renta y los impuestos personales como el que grava en forma directa el patrimonio. Sin embargo, en el caso de los impuestos indirectos, la virtualidad de la progresividad se dificulta técnicamente, pero puede promoverse o, su contrario, la regresividad, puede morigerarse mediante otras técnicas tributarias tales como las dispensas tributarias (p.e. exención bienes de consumo esencial en el IVA) y los créditos impositivos (p.e. rebajas o bonificaciones a la cuota a pagar por nuevas inversiones, inversiones ambientales, sociales, cargas de familia).

De esta forma se pueden controlar la razonabilidad de los impuestos extraordinarios (de guerra, temporales en emergencia económica) y los fines extrafiscales de la tributación, los cuales deben justificarse para proteger la economía nacional y que por su intensidad nunca pueden tener efecto confiscatorio según expresa prohibición constitucional en refuerzo del derecho de propiedad y de la libertad económica. En íntima relación con los fines extrafiscales se conectan los tributos parafiscales y otras formas de tributación atípicas en promoción de fines de solidaridad y defensa de bienes constitucionales como el medio ambiente, seguridad social, la prevención antidrogas, la promoción del conocimiento de las nuevas tecnologías y otros.

Aunque la interdicción de la confiscación se refiere a los tributos en particular *ex* artículo 317, es obvio que, la prohibición alcanza el conjunto tributario, cuando la combinación de estos sobre el patrimonio individual lo menoscaba en su sustancia, esto es, en la capacidad de mantenerse.

La constante perplejidad en la aplicación del principio ha estado en la indeterminación del supuesto de hecho de la prohibición y el criterio para determinar el **quantum** a partir del cual un tributo tiene el tal efecto expoliatorio. Nuestra Jurisprudencia solo ofrece una casuística

⁵⁸ *Ob. Cit.* No. 53, p. 129.

inconcluyente que no permite establecer una línea de principio sobre las condiciones de aplicación del mandato, pues se hace obvia de la argumentación judicial, la dificultad de comprometerse con formulaciones abstractas que bien son o rígidas o inoperantes.

Sin embargo, no es posible afirmar consistentemente que la imposición sea justa o favorezca la asignación de recursos disponibles, cuando se conculcan diariamente las exigencias fundamentales de racionalidad del tributo. Esa falta de respeto a la consistencia lógica y a la razón, tantas veces registrada en la política tributaria actual, es causa fundamental de la crisis de los impuestos⁵⁹. Como afirma Fuentes Quintana, la falta de coherencia entre valores y conductas fiscales produce un efecto inmediato: minar de contradicciones la elaboración y aplicación del tejido legislativo del sistema tributario, frustrar el crecimiento económico, la eficacia recaudatoria y como consecuencia la aversión social del impuesto. La desconfianza y el recelo rodean la elaboración y aplicación de los tributos y como consecuencia, las obligaciones que los impuestos establecen no se aceptan por la sociedad. La desviación del sistema tributario real del ideal racional, ocasionan el desprestigio social de la imposición.⁶⁰

Este es el caso venezolano de hoy: Los tributos son creaciones caprichosas, inconsultas, arbitrarias, incoherentes y regresivas. No puede predicarse la existencia de un sistema tributario, sino de un auténtico “régimen distópico”, como veremos de seguidas.

B. Inmoralidades contra la capacidad contributiva.

a. La eliminación del ajuste integral por inflación (API) de la base imponible del ISR solo para los contribuyentes especiales.

Desde hace varios años está en marcha un proceso irracional e ideologizado de eliminación de la *corrección monetaria fiscal*. Este aserto lo ejemplifica la *(i)* artera exclusión del API en LISR en las reformas mediante Decretos-ley de 2014 y 2015, primero para las entidades

⁵⁹ FUENTES Q., Enrique, “Introducción”, en NEUMARK, Fritz, *Principios de la imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1974, p. XL.

⁶⁰ *Ibidem* p. XLI.

financieras y de seguros⁶¹, y al año siguiente⁶², para los denominados sujetos pasivos especiales⁶³. Adicionalmente, **(ii)** la Administración

⁶¹ Artículo 173 LISR derogada: **“A los solos efectos tributarios, los contribuyentes a que se refiere el artículo 7 de esta Ley, que iniciaron sus operaciones a partir del 1° de enero del año 1993, y realicen actividades comerciales, industriales, bancarias, financieras, de seguros, reaseguros, explotación minas e hidrocarburos y actividades conexas, que estén obligados a llevar libros de contabilidad, deberán al cierre de su primer ejercicio gravable, realizar una actualización inicial de sus activos y pasivos no monetarios, según las normas previstas en esta Ley, la cual traerá como consecuencia una variación en el monto del patrimonio neto para esa fecha”.**

Artículo 173 LISR nueva: **“(…) Los contribuyentes que realicen actividades bancarias, financieras, de seguros y reaseguros quedarán excluidos del sistema de ajustes por inflación previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley (…)”.**

La Administración Tributaria, dictó la Providencia Administrativa No. SNAT/2015/0021 de fecha 11 de septiembre de 2015 (la “Providencia”), en ejecución del artículo 195 de la LISR que rige únicamente para las instituciones bancarias, de seguros y reaseguros. El artículo 3 de la Providencia contempló, *ad litteram* que: “A partir del ejercicio fiscal 2015, los contribuyentes indicados en el artículo 1 de esta Providencia no podrán utilizar el sistema de ajustes por inflación a efectos de determinación del impuesto sobre la renta, ni traspasar la pérdida neta por inflación no compensada originada en ejercicios anteriores” Venezuela, Providencia No. SNAT/2015/0021, mediante la cual establecen las Normas para el ajuste contable de los contribuyentes que realicen actividades Bancarias, Financieras, de Seguros y Reaseguros excluidos del sistema de ajustes por inflación, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 40.744, del 11 de septiembre de 2015.

⁶² Venezuela, Decreto No. 2.163 del 29 de diciembre de 2015, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, el cual reforma parcialmente la ley de 2014, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 6.210 *Extraordinaria*, del 30 de diciembre de 2015, en la cual se extendió la exclusión del sistema de ajuste integral por inflación a los sujetos pasivos calificados como especiales por la Administración Tributaria, y reiterando la mencionada exclusión para las entidades que realicen actividades bancarias, financieras, de seguros y reaseguros.

⁶³ Paradójicamente, de forma ostensiblemente discriminatoria, se mantiene la corrección monetaria integral (Título IX) para los contribuyentes que no califiquen como sujetos pasivos especiales pero que lleven contabilidad, así como la corrección monetaria incidental de activos no monetarios transferidos por contribuyentes personas naturales que no lleven contabilidad. Con estas reformas legislativas no existen fundamentación, ni corrección, sino pretextos retóricos y manipulación eficaz. A partir de un criterio improvisado e irresponsable y una visión ideológica alucinada que no toma en cuenta ni la realidad de la inflación, ni sus consecuencias sobre la medida de capacidad económica efectiva, se afirma que la inflación es una ilusión del lenguaje, un invento ideológico de dominación política y económica, y no un fenómeno económico que envilece el poder adquisitivo y una exacción oculta que empuje a la población. En ese contexto la corrección monetaria es asimilada a un subterfugio que permite escapar a la tributación y no un mecanismo técnico que limitadamente pretende neutralizar sus efectos distorsionantes sobre la estructura normativa de los tributos. (ver SALAS R., Luis, **“Adiós al ajuste por inflación o la eliminación de un impuesto de las élites económicas contra la ciudadanía”**, publicado el 31 Diciembre de 2015, consultado

tributaria, ha retrasado y minimizado el ajuste de la unidad tributaria (UT)⁶⁴. Incluso, **(iii)** el BCV ha adoptado una política deliberada de opacidad, demorando la publicación de los índices de inflación durante 2015, 2016 y todavía después del cierre de 2017⁶⁵.

el 15 de abril de 2018, disponible en web: <<http://questiondigital.com/?p=31606>>. También ver SALAS R., Luis, “**22 Claves para entender y combatir la guerra económica**”. <La inflación no existe en la vida real>, esto es, cuando una persona va a un local y se encuentra con que los precios han aumentado, no está en presencia de una “inflación”. En realidad, lo que tiene al frente es justamente eso: un aumento de los precios, problema del cual la inflación en cuanto teoría y sentido común dominante se presenta como la única explicación posible, cuando en verdad es tan solo una y no la mejor. Se presenta como la única posible porque es la explicación del sector dominante de la economía, en razón de la cual se la impone al resto. En tal sentido, debemos ver cómo se forma y cómo funciona esta idea, pero sobre todo qué cosa no nos muestra, qué cuestiones claves no nos deja ver ni nos explica tras todo lo que dice mostrarnos y explicarnos como obvio”. Consultado el 15 de abril de 2018, disponible en web en: <http://www.psuv.org.ve/wp-content/uploads/2016/01/22-claves-para-entender-y-combatir-la-Guerra-Econ%C3%B3mica.pdf>, p. 8-9.)

En la exposición de motivos de la reforma de la LISR se justifica la eliminación del ajuste por inflación, pero sin explicación racional alguna, solo con el pretexto simplista de que “... el ajuste por inflación se ha constituido en un mecanismo de disminución injustificada del pago de impuesto”. Nada más. Ver nuestros trabajos críticos: “Aspectos *protervos* en la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal a las entidades financieras y de seguros”, en *XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2015, y “El <Impuesto a la Inflación> sobre el Patrimonio Bancario: Inconstitucionalidad de la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal a las entidades financieras y de seguros”, en el libro de Alfredo Morles Hernández, *La Banca <en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela>*, Segunda Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2016, 315 p. Ver ROMERO-MUCI, Humberto, *Uso, abuso y perversión de la Unidad Tributaria (una reflexión sobre tributación indigna)*, Serie Estudios No. 111, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016, 120 p.

⁶⁴ Con el propósito de subestimar la corrección de los umbrales de tributación y otras expresiones monetarias fijas utilizadas como créditos a la base imponible o a la cuota a pagar, fundamentalmente en el ISR.

⁶⁵ De esta forma se impidió el derecho a la corrección monetaria durante los cierres financieros y fiscales que tuvieron lugar durante dichos períodos. En efecto, el BCV retrasó la publicación de la información sobre el INPC desde enero de 2016 hasta diciembre de 2017. Esta situación impide conocer con certeza oficial la variación de la inflación acumulada durante dicho período y utilizar dicho índice deflactor para fines del uso de una medida monetaria homogénea en la medición de la información financiera y fiscal a reportar en relación con dichos períodos.

Los resultados de la variación del INPC correspondientes al tercer trimestre de 2015 y los correspondientes al cuarto trimestre - cierre del año 2015 fueron publicados por el BCV el 15 de enero de 2016 y el 18 de febrero de 2016, respectivamente. Se evidencia que la variación

La sola exclusión del API en la LISR a los contribuyentes denominados especiales⁶⁶, crea un inmenso vacío jurídico, una radical incoherencia, en la que el derecho (el cálculo de la base imponible en el ISR) se distancia de la realidad, resultando ineficaz y distorsionante.

Esa decisión normativa es ostensiblemente lesiva del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica del contribuyente, pues lejos de recaer sobre una medida real de capacidad económica, termina incidiendo sobre una medición falseada y sobreestimada por la inflación, es decir, el impuesto no incide sobre la renta efectiva, sino sobre una renta fantasma o ficticia, esto es, en definitiva, incide sobre sustancia de patrimonio.

acumulada del INPC durante los primeros nueve meses del año 2015 fue de 108,7% mientras que la variación anualizada al cierre del tercer trimestre de 2015 se ubicó en 141,5%. Los precios acumularon una variación de 34,6% en el cuarto trimestre de 2015, inferior a la observada en el trimestre previo (38,9%). La variación acumulada del INPC durante el año 2015 fue de 180,9%. Para 2016 fue 550% y para 2017 fue 2.616%. Consultado en: <http://www.bcv.org.ve/Upload/Comunicados/aviso150116.pdf> <http://www.bcv.org.ve/Upload/Comunicados/aviso180216.pdf> <http://runrun.es/la-economia/economia/298675/asamblea-nacional-calculo-inflacion-de-2016-en-550.html> - <https://prodavinci.com/asamblea-nacional-inflacion-anual-fue-2-616-en-2017-1/>

⁶⁶ La definición y regulación de los *sujetos pasivos* calificados como *especiales* por la Administración Aduanera y Tributaria, corresponde a una técnica de máxima discrecionalidad, que riñe con la legalidad estricta que exige la *base enunciativa* derivada de los artículos 3 del COT y 317 de la CRBVV. En este caso, de la propia literalidad del artículo 171 de la LISR se deduce tal vulneración, cuando se indica que los *sujetos pasivos*, serán los *calificados como especiales por la Administración Aduanera y Tributaria* y no por una ley formal y materialmente sancionada, serán sujetos de la exclusión del derecho al ajuste integral por inflación del ISR, o lo que es lo mismo, excluidos del derecho a contribuir según la capacidad contributiva real y efectiva. Así lo confirma Eduardo Meier: “...**la inclusión de los sujetos pasivos, calificados como especiales por la Administración Aduanera y Tributaria, en los artículos 171 y 193 de la última reforma del ISR, no es más que una extensión del ámbito subjetivo infringido (antes exclusivamente sobre bancos, seguros y reaseguros), una nueva e inconstitucional deslegalización que usurpa el rango de ley, quebrantando la prohibición de innovar sobre las materias reservadas al legislador y la congelación del rango, en violación del artículo 3 del COT. La identificación normativa de las subjetividades típicas o sujetos pasivos del tributo constituye un elemento de técnica tributaria absolutamente reservado a la ley, que se corresponde con el principio constitucional de legalidad tributaria y el derecho fundamental a la reserva de ley y tipicidad exhaustiva, derivados del artículo 317 de la Constitución, según el cual no podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en ley previa, escrita, estricta y cierta**”. Cfr. MEIER G., Eduardo, “Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en las reformas del ISR”, en *El impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma*, Memorias de las XVI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Caracas 2017, p. 180.

Esa decisión normativa es también lesiva del derecho a la igualdad, pues crea una situación *discriminatoria* al impedir sin razón objetiva la corrección monetaria de la base imponible correspondiente, que por el contrario se mantiene incólume para todos los demás contribuyentes del ISR que realicen actividades mercantiles o que lleven contabilidad, y que no califiquen como sujetos pasivos especiales.

Este (mal) manejo doloso de la legalidad abre un espacio indeterminado, un abismo normativo donde sólo anida la perplejidad, la injusticia y el daño económico para los contribuyentes que se perjudican con la inflación, gravando ganancias ficticias e impidiendo desgravar pérdidas reales por inflación. Antinómicamente, beneficia al que gana con la inflación, porque quedan excluidos de la tributación los ingresos ocultos por causa de la depreciación monetaria.

Particularmente, *la banca y las empresas de seguros son sectores altamente vulnerables a la inflación*. La exclusión del API es deletérea del patrimonio de este tipo de empresas, porque estos contribuyentes poseen estructuras patrimoniales fundamentalmente integradas por *cuentas monetarias*, esto es, aquellas que no se protegen de la inflación y que se liquidan por valores faciales o fijos. El patrimonio de estas empresas termina mermándose injustamente por el pago de un impuesto sobre ganancias ficticias, comprometiendo su solvencia y su capacidad económica para cumplir sus fines de interés general.

Si aún por encima de la Constitución, no se considera la distorsión de la inflación sobre la potencialidad para contribuir a los gastos públicos, estamos trágicamente presenciando lo que agudamente alertara el célebre Juez Estadounidense John Marshall⁶⁷, cuando señaló que “**el poder de gravar implica el poder de destruir (*the power to tax involves the power to destroy*)**”⁶⁸. Lo más patético en nuestro caso, es que la inflación y el poder de destrucción impositivo, son propiciados por el propio Estado para la ruina del sector financiero, la economía nacional y del bienestar de la población.

⁶⁷ *Cfr.* en su connotada sentencia en el caso *Mc. Culloch vs. Maryland*, 17 U.S. 316, 4 Wheat 316, 4 L. Ed. 579 (1819), consultado el 5 de mayo de 2018, disponible en web: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>>.

⁶⁸ Citado por GIULIANI F., Carlos, *Derecho Financiero*, 5ta. Edición, Depalma, Buenos Aires 1993, p. 322

b. La anarquización del sistema tributario mediante la exacerbación de la para fiscalidad.

Abusando nuevamente del expediente de los decretos ley, el Presidente de la República empezó a crear desde 2002 una pluralidad de contribuciones parafiscales destinadas a financiar entes autónomos encargados de fines públicos sectoriales. Los nuevos tributos alcanzaron un número de 26. La anarquía parafiscal se presentó inicialmente como pura manipulación del *nomen jurídico* utilizado por ciertos textos normativos para tipificar prestaciones legales que encubrían el despropósito de evadir la institucionalidad tributaria. Una dejación de los principios de legalidad, capacidad contributiva y seguridad jurídica. Creció un aluvión de obligaciones pecuniarias desordenadas que entorpecieron el sistema socio económico y que aumentaron la presión fiscal. Una vorágine que no responde a un propósito coherente, que perturbó, no solo la actividad económica particular, sino la actividad financiera del Estado y la total actividad administrativa, creando diferentes intereses “privados” entre los distintos organismos y cuerpos de funcionarios públicos.

Esa actitud “**deconstructiva**” pudo explicarse en su momento como ignorancia y despropósito. Hoy tenemos la convicción de que responde a una estrategia perversa de dominación política⁶⁹.

Este gran desorden **(i)** anarquiza las finalidades públicas parafiscales y otras políticas públicas, **(ii)** anarquiza el gasto público por afectación prematura de recursos sin adecuada planificación y coordinación **(iii)** erosiona los márgenes financieros de las empresas **(iv)** erosiona la

⁶⁹ Tal como lo confirman las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que en el caso *Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)*, niegan el carácter de contribuciones parafiscales a los aportes debidos al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda y los considera *imprescriptibles*. Inmediato eco de lo anterior se añade la *genuflexa* sentencia del Tribunal Quinto de lo Contencioso Tributario, del 23 de febrero de 2012, en el caso de la “**contribución de comunas**” prevista en el artículo 48 la Ley de instituciones del sector bancario, que negó el carácter tributario de la referida norma, por cuanto “...**el aporte está destinado al financiamiento de proyectos de los consejos comunales u otras formas de organización social, en virtud de que no constituye un imperio del Estado al que los ciudadanos estén obligados a coadyuvar en las cargas públicas, sino que va dirigido particularmente a las instituciones bancarias, las cuales deberán destinar el cinco por ciento (5%) de su resultado bruto, al financiamiento de tales proyectos**”.

base imponible del impuesto sobre la renta **(v)** anarquiza el diseño de los hechos imponibles y las bases de cálculo. **(vi)** degenera en máxima opacidad sobre los conceptos usados **(vii)** promueve la deslegalización de conceptos esenciales a las definiciones de las obligaciones legales. **(viii)** genera contradicciones entre los reglamentos y las leyes respectivas. **(ix)** genera incerteza sobre la entrada en vigor de las obligaciones contributivas. **(x)** anarquiza las formas de cumplimiento de las obligaciones: modo, lugar y tiempo de cumplimiento, tales como el régimen de anticipos. **(xi)** anarquiza las formas y procedimientos sancionatorios. **(xii)** dispersa los procedimientos de control de legalidad administrativo y judicial de los actos de determinación de las dichas obligaciones parafiscales.

c. Atentados al principio de solidaridad y responsabilidad social.

Nuevamente abusando del Decreto Ley se eliminó la exención de ISR⁷⁰ a los enriquecimientos obtenidos por fundaciones y asociaciones sin fines de lucro, con destinos artísticos, culturales, deportivos y ambientales. Incluso las universidades y colegios privados son susceptibles del gravamen, incluidos demás entidades docentes como universidades, colegios y academias educativas de cualquier propósito lícito. La nueva formulación normativa se limita a las entidades benéficas⁷¹.

⁷⁰ **Artículo 14 LISR de 2007** : “Están exentos de impuesto:(...) **10** “Las instituciones dedicadas exclusivamente a actividades religiosas, artísticas, científicas, de conservación, defensa y mejoramiento del ambiente, tecnológicas, culturales, deportivas y las asociaciones profesionales o gremiales, siempre que no persigan fines de lucro, por los enriquecimientos obtenidos como medios para lograr sus fines, que en ningún caso distribuyan ganancias, beneficios de cualquier índole o parte alguna de su patrimonio a sus fundadores, asociados o miembros de cualquier naturaleza y que sólo realicen pagos normales y necesarios para el desarrollo de las actividades que les son propias. Igualmente, y bajo las mismas condiciones, las instituciones universitarias y las educacionales, por los enriquecimientos obtenidos cuando presten sus servicios dentro de las condiciones generales fijadas por el Ejecutivo Nacional;

⁷¹ **Artículo 14 LISR de 2014**: “Están exentos de impuesto: (...) **3**: Las instituciones benéficas y de asistencia social, siempre que sus enriquecimientos se hayan obtenido como medio para lograr los fines antes señalados; que, en ningún caso, distribuyan ganancias, beneficios de cualquier naturaleza o parte alguna de su patrimonio a sus fundadores, asociados o miembros y que no realicen pagos a título de reparto de utilidades o de su patrimonio;

Se trata de una antinomia inaceptable que pretende el gravamen de entidades sin fines de lucro, esto es, que no representan capacidad contributiva efectiva, porque no distribuyen beneficios a sus fundadores, sino que los reinvierten en el giro de sus actividades culturales, científicas y artísticas.

Semejante exclusión frustra la iniciativa privada en la tributación y la posibilidad para desarrollar la responsabilidad social del sector intermedio de la sociedad civil, en consonancia con el deber constitucional de solidaridad⁷².

Sin dudas es otro intento de desincentivar la participación ciudadana a través de formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad⁷³ y estatalizar todos los espacios de la vida humana en sociedad.

II. MORAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y LOS CONFLICTOS DE PRACTICABILIDAD ADMINISTRATIVA

La eficiencia administrativa constituye una condición necesaria, pero no suficiente de un sistema tributario justo.

Ya desde la Sala Constitucional se justificó la limitada condición *instrumental* del principio de recaudación en el contexto del sistema tributario constitucional: **“La recaudación está al servicio de la capacidad contributiva”**. La recaudación no es fin en sí misma, sino

⁷² **Artículo 135 de la CRBV:** Las obligaciones que correspondan al Estado, conforme a esta Constitución y a la ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los particulares según su capacidad. La ley proveerá lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario. Quienes aspiren al ejercicio de cualquier profesión, tienen el deber de prestar servicio a la comunidad durante el tiempo, lugar y condiciones que determine la ley.

⁷³ **Artículo 70 de la CRBV:** Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad. La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.

un medio para asegurar la captación de la realidad contributiva y nada más. La recaudación por sí sola nunca justifica una tributación inconstitucional, al margen del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica⁷⁴.

De otro lado, la *eficiencia* en la recaudación tributaria no es un valor constitucionalmente tutelado, a pesar de su referencia en artículo 316 de la Constitución vigente. Se trata de un conjunto de técnicas jurídicas dirigidas a asegurar el deber de contribuir a los gastos públicos, con carácter limitadamente instrumental y al servicio del ingreso tributario. Ese carácter instrumental lo confirma el propio texto constitucional, cuando establece las pautas de actuación de la gestión administrativa, en la que se inscribe, por su naturaleza, la gestión tributaria.

El dispositivo rector de la actividad administrativa contenido en el artículo 141 Constitucional, señala que la gestión de especie debe ser conducida conforme a los principios de “**...honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, como sometimiento pleno a la ley y al derecho**”, haciendo énfasis en el carácter instrumental de tal actividad cuando indica de comienzo que “[l]a Administración Pública está al servicio de los ciudadanos ...”⁷⁵.

En un Estado de Derecho y de Justicia que proclama como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y la preeminencia de los derechos humanos, la *eficacia* tiene que procurarse con estricto respeto

⁷⁴ Así lo decidió en la Sentencia de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia No. 301/2007 del 27 de febrero de 2007: “**El principio de eficiencia se ordena a un fin superior, que no puede deslastrarse del respeto a la justa distribución de las cargas públicas y con ello obviar la capacidad contributiva**”. Sentencia, caso *Adriana Vigilancia y Carlos Vecchio en acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la norma de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto No. 307 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, publicado en la Gaceta Oficial No. 5.390 Extraordinario del 22 de octubre de 1999, disponible en web <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/301-270207-01-2862.htm>>.

⁷⁵ Así lo señala hoy la reciente Ley Orgánica de Administración Pública, en su artículo 10, en particular haciendo referencia a los principios rectores de la Administración Pública, en particular los de economía, celeridad, simplicidad, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza. Decreto No. 1.424 del 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la *Gaceta Oficial* No. 6.147 *Extraordinaria* del 17 de noviembre de 2014.

a esos valores superiores, de modo que cualquier actuación administrativa, incluida la de gestión tributaria, debe subordinarse a esos valores superiores entre los cuales se incluye la *tutela judicial efectiva*.

Sin embargo, se ha introducido en el ordenamiento jurídico tributario toda suerte de modificaciones legislativas en desmedro de la igualdad posicional y de la relación tributaria como relación de derecho y no de poder. Ello ha significado el irrespeto más desafiante de los derechos (humanos y constitucionales) de nuestra historia contemporánea. Su conducto ha sido la anómala delegación legislativa en el Presidente de la República y los abusos del decreto ley.

A. Inmoralidades en la gestión administrativa.

a. La desjudicialización del juicio ejecutivo y de las medidas cautelares.

Ha sido tan perturbadora la marcha atrás de los derechos fundamentales de la tributación en el país, que incluso se ha clamado por la reivindicación del estatuto de los derechos del contribuyente⁷⁶.

Se ha acometido el otorgamiento de mayores potestades a la Administración tributaria, algunas exorbitantes, incluyendo intensas facultades recaudatorias como la **(i)** facultad de embargar y rematar bienes del contribuyente sin que medie instancia judicial, esto es, sin derecho a ser oído por un juez competente, independiente, imparcial y objetivo conforme a todas los derechos y garantías judiciales consustanciales al debido proceso, o lo que es lo mismo, en ejecución directa de una muy riesgosa y excesiva autotutela administrativa, **(ii)** la ‘desjudicialización’ del juicio ejecutivo, reemplazado por un procedimiento coactivo de cobro por parte de la Administración de todas las deudas tributarias pendientes y la adopción de medidas cautelares, sin intervención del Poder Judicial, así como **(iii)** la eliminación del efecto suspensivo inmediato del recurso jerárquico.

En efecto, como señala el profesor BLANCO-URIBE, con la reforma del Código Orgánico Tributario de 2014 se propició una

⁷⁶ Vid. BLANCO-URIBE Q., Alberto, “La Necesidad de un Estatuto del Contribuyente o Declaración de los Derechos del Contribuyente frente al Ejercicio de la Potestad Tributaria”, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 327.

usurpación de poder, por cuanto el Administrador de la Hacienda Pública Nacional y jefe supremo de la Administración Tributaria Nacional, actuando como legislador de excepción (delegado), confisca (usurpa) la función jurisdiccional confiada constitucionalmente al Poder Judicial en el artículo 253⁷⁷ que ha resultado “desacatado, desobedecido, ignorado, burlado”. Se “desjudicializa el poder cautelar general y la fase de ejecución de sentencias, y también lo desjurisdiccionaliza, pues esas instituciones se pasan a la misma Administración Tributaria Activa y contraparte, con la que se encuentre trabado el litigio, o incluso antes del juicio, al margen del juicio o luego del mismo”⁷⁸.

Como consecuencia de esta agazapada e inconsistente reforma, la Administración Tributaria es competente para iniciar, impulsar y resolver todas las incidencias del ahora denominado cobro ejecutivo,⁷⁹ puede también en vía administrativa embargar bienes y derechos del deudor⁸⁰ sin estar obligada a notificar las actas respectivas⁸¹, pudiendo

⁷⁷ Artículo 253 de la **CRBV** “Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”.

⁷⁸ BLANCO-URIBE Q., Alberto, “**El Recurso Contencioso Tributario, en las líneas del Prof. Gabriel Ruan Santos**”, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p.p. 688-689.

⁷⁹ **Artículo 290 COT**: El cobro ejecutivo de las cantidades líquidas y exigibles, así como la ejecución de las garantías constituidas a favor del sujeto activo, se efectuará conforme al procedimiento establecido en este Capítulo.

La Competencia para iniciar e impulsar el mismo y resolver todas sus incidencias, corresponde a la Administración Tributaria.

El procedimiento de cobro ejecutivo no será acumulable a las causas judiciales ni a otros procedimientos de ejecución. Su iniciación o tramitación se suspenderá únicamente en los casos previstos en este Código.

El inicio del procedimiento de cobro ejecutivo previsto en este Código genera de pleno derecho, el pago de un recargo equivalente al diez por ciento (10%) de las cantidades adeudadas por concepto de tributos, multas e intereses, con inclusión de los intereses moratorios que se generen durante el procedimiento de cobro ejecutivo.

⁸⁰ **Artículo 291 COT**: Al día siguiente del vencimiento del plazo legal o judicial para el cumplimiento voluntario, se intimará al deudor a pagar las cantidades debidas y el recargo previsto en el artículo anterior, dentro de los cinco (5) días continuos siguientes contados a partir de su notificación.

De no realizarse el pago en el referido plazo, la Administración Tributaria dará inicio a las actuaciones dirigidas al embargo de los bienes y derechos del deudor.

La intimación efectuada constituye título ejecutivo para proceder contra los bienes y derecho del deudor o de los responsables solidarios y no estará sujeta a impugnación.

⁸¹ **Artículo 293 del COT**: La Administración Tributaria designará a los funcionarios o funcionarias que practicarán el embargo, los cuales se entenderán autorizados o autorizadas a

constituirse en depositaria de los bienes⁸² y ordenar el remate de los bienes embargados que, de no cubrir el monto adeudado, podrá ordenar embargos complementarios hasta cubrir la totalidad de la deuda⁸³. Esta actuación jurídica y material unilateral de la Administración Tributaria ocurre por mandato legal, como “una auténtica vía de hecho” que transforma a la Administración Tributaria en juez y (contra) parte, para practicar embargos sin notificación y rematar bienes del contribuyente, sin que medie sentencia definitivamente firme que condene al pago de cantidad alguna por parte del juez natural; sin que se haya podido ejercer el derecho de acceso a la justicia.

La Administración Tributaria podrá acordar medidas cautelares de embargo preventivo de bienes muebles y derechos, retención de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, suspensión de devoluciones tributarias o de otros pagos que deban realizar los

efectuar todas las diligencias necesarias a tal fin y levantarán las actas en las que se especifiquen los bienes y derechos embargados y el valor que se les asigne el cual no podrá ser inferior al precio de mercado.

En ningún caso se requerirá la notificación de las correspondientes actas, pero el deudor o la persona que se encuentra en el lugar, podrán solicitar se le entregue copia simple de las mismas.

⁸² **Artículo 296 del COT:** Ordenado el embargo, la Administración Tributaria se constituirá en depositaria de los bienes o designará como tal al mismo deudor o a personas legalmente autorizadas para tal fin.

De no haber personas legalmente autorizadas en el lugar en que estén situados los bienes o si estas no pudieran concurrir al sitio del embargo, la Administración Tributaria podrá confiar temporalmente el depósito a personas distintas de las mencionadas en el encabezamiento de este artículo.

El embargo sobre bienes inmuebles o derechos que recaigan sobre éstos será notificado por la Administración Tributaria al Registrador o Registradora del lugar donde esté situado el inmueble, indicando sus linderos y demás circunstancias que lo identifiquen.

⁸³ **Artículos 299 del COT:** Efectuado el embargo, la Administración Tributaria ordenará el remate de los bienes embargados. A tal efecto, procederá a designar a un funcionario o funcionaria experto, a los fines de que éste efectúe el avalúo de los bienes embargados dentro de un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de su designación. El deudor o deudora podrá solicitar un nuevo avalúo, en cuyo caso, éste procederá a seleccionar un nuevo experto. Los costos del nuevo avalúo serán soportados por el deudor o deudora. De existir diferencias entre los avalúos efectuados, deberá utilizarse el que refleje el mayor valor.

Artículo 300 del COT: La inactividad en la ejecución de los bienes embargados por parte de la Administración Tributaria, no conlleva su liberación, ni culminación del procedimiento de ejecución.

entes públicos a favor de los obligados tributarios, suspensión de incentivos fiscales, entre otras⁸⁴. Esta actuación jurídica y material unilateral de la Administración Tributaria ocurre por mandato legal, como “una auténtica vía de hecho” pero legalizada, en la que los funcionarios públicos designados por la Administración están facultados para practicar embargos sin notificación y rematar bienes del contribuyente, sin que medie sentencia definitivamente firme que condene al pago de cantidad alguna por parte del juez natural; sin que se haya podido ejercer el derecho de acceso a la justicia, porque como se constatará, el sujeto pasivo está ilegítima e inconstitucionalmente imposibilitado de hacerlo.

De modo que el contribuyente se verá despojado de sus bienes y de su patrimonio, impedido de seguir realizando el giro normal de su actividad económica al sufrir embargos y remates sobre sus bienes, muebles, equipos o maquinarias sin que contra estas medidas de ostensible afectación jurídica y patrimonial, se haya articulado la posibilidad de ejercer el derecho al debido proceso, con todos sus corolarios, como son el derecho a la defensa, el derecho al juez natural, el derecho a la revisión judicial de las actuaciones administrativas, el derecho a producir y controlar las pruebas, en fin sin que se haya producido ni cosa juzgada material ni formal. Esto en violación del derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁵, el derecho al debido proceso⁸⁶, el derecho a la presunción de inocencia⁸⁷, el derecho a la

⁸⁴ **Artículo 291 del COT:** Al día siguiente del vencimiento del plazo legal o judicial para el cumplimiento voluntario, se intimará al deudor a pagar las cantidades debidas y el recargo previsto en el artículo anterior, dentro de los cinco (5) días continuos siguientes contados a partir de su notificación.

De no realizarse el pago en el referido plazo, la Administración Tributaria dará inicio a las actuaciones dirigidas al embargo de los bienes y derechos del deudor.

La intimación efectuada constituye título ejecutivo para proceder contra los bienes y derecho del deudor o de los responsables solidarios y no estará sujeta a impugnación.

⁸⁵ **Artículo 26 de la CRBV:** “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

⁸⁶ **Artículo 49 de la CRBV:** “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...”.

⁸⁷ **Artículo 49, numeral 2 de la CRBV:** “Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

igualdad de las partes en el proceso⁸⁸ y el derecho a la integridad del patrimonio⁸⁹.

Todo lo anterior transcurre, en sacrificio injustificado de derechos fundamentales y patrimoniales, sin que medie la actuación de un juez competente, y más grave aún, sin que pueda impugnarse ni controlarse la intimación efectuada que hace las veces de título ejecutivo para proceder contra los bienes y derechos del deudor o de los responsables solidarios⁹⁰.

b. Indignidad de la tributación sobre las personas naturales por subestimación y retraso en el ajuste de la UT.

El objetivo técnico de la UT consiste limitadamente en fijar una unidad de medida homogénea o módulo monetario, para la reexpresión automática de los valores nominales fijos utilizados por las normas

⁸⁸ Consecuencia del derecho general a la igualdad. **Artículo 21, numeral 1 de la Constitución:** “Todas las personas son iguales ante la ley, y, en consecuencia: *1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona*”.

⁸⁹ **Artículo 115 de la CRBV:** “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 establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”. **Artículo 116 de la CRBV:** “No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes” y **Artículo 317 de la CRBV:** “...Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”.

⁹⁰ **Artículo 291 del COT:** Al día siguiente del vencimiento del plazo legal o judicial para el cumplimiento voluntario, se intimará al deudor a pagar las cantidades debidas y el recargo previsto en el artículo anterior, dentro de los cinco (5) días continuos siguientes contados a partir de su notificación.

De no realizarse el pago en el referido plazo, la Administración Tributaria dará inicio a las actuaciones dirigidas al embargo de los bienes y derechos del deudor.

La intimación efectuada constituye título ejecutivo para proceder contra los bienes y derecho del deudor o de los responsables solidarios y no estará sujeta a impugnación.

tributarias para expresar referencias cuantitativas. Su uso fundamental estaba referido a la estructura de tramos y otros valores monetarios fijos en la integración de los umbrales de tributación. Incluso se utilizó en la denominación de los tipos monetarios que dimensionan sanciones pecuniarias. Así fue regulado desde que se introdujo dicho expediente en el COT reformado en 1994.

La corrección monetaria de la UT⁹¹ ha sido **(i)** subestimada a conveniencia por la Administración Tributaria, mediante el retraso y minimización de su ajuste, con el propósito de **(ii)** subestimar la corrección de los umbrales de tributación y otras expresiones monetarias fijas utilizadas como créditos a la base imponible o a la cuota a pagar, fundamentalmente en el ISR. Incluso, **(iii)** el BCV durante 2015 demoró la publicación de los índices de inflación⁹² hasta mediados de febrero de 2016, impidiendo el derecho a la corrección monetaria durante los cierres financieros y fiscales que tuvieron lugar durante dicho periodo.

⁹¹ **Artículo 131 del COT.** La Administración Tributaria tendrá las facultades, atribuciones y funciones que establezcan la Ley de la Administración Tributaria y demás leyes y reglamentos; y en especial:

15. Reajustar la Unidad Tributaria (U.T.) dentro de los quince (15) primeros días del mes de febrero de cada año, previa opinión favorable de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional, sobre la base de la variación producida en el Índice Nacional de Precios al Consumidor fijado por la autoridad competente, del año inmediatamente anterior. La opinión de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional deberá ser emitida dentro de los quince (15) días continuos siguientes de solicitada.

⁹² El BCV retrasó la publicación de la información sobre el INPC desde enero de 2015 hasta enero de 2016. Esta situación impidió conocer con certeza oficial la variación de la inflación acumulada durante dicho periodo y utilizar dicho índice deflactor para fines del uso de una medida monetaria homogénea en la medición de la información financiera y fiscal a reportar en relación con dichos periodos.

Los resultados de la variación del INPC correspondientes al tercer trimestre de 2015 y los correspondientes al cuarto trimestre - cierre del año 2015 fueron publicados por el BCV el 15 de enero de 2016 y el 18 de febrero de 2016 respectivamente. Se evidencia que la variación acumulada del INPC durante los primeros nueve meses del año 2015 fue de 108,7% mientras que la variación anualizada al cierre del tercer trimestre de 2015 se ubicó en 141,5%. Los precios acumularon una variación de 34,6% en el cuarto trimestre de 2015, inferior a la observada en el trimestre previo (38,9%). La variación acumulada del INPC durante el año 2015 fue de 180,9%. Para 2016 fue 550% y para 2017 fue 2.616%.

Consultado en: <http://www.bcv.org.ve/Upload/Comunicados/aviso150116.pdf> <http://www.bcv.org.ve/Upload/Comunicados/aviso180216.pdf> - <http://runrun.es/la-economia/economia/298675/asamblea-nacional-calculo-inflacion-de-2016-en-550.html> - <https://prodavinci.com/asamblea-nacional-inflacion-anual-fue-2-616-en-2017-1/>

El objetivo final de esta *praxis* manipulativa consiste en un obsceno (ilegítimo) aumento de la presión fiscal a las personas naturales, que no se corresponde con su capacidad contributiva efectiva. Esta subestimación del ajuste empuja a dichos contribuyentes a tramos superiores de imposición (*bracket creep*), incluso gravando a algunos que están por debajo de la base de un mínimo impositivo en términos reales, esto es, de un *mínimo vital*⁹³. Esto se traduce en un ostensible daño al contribuyente y en una dejación de fines esenciales del Estado, que la obligan a la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, según prescribe con rotundidad la base enunciativa que integran los textos de los artículos 3, 299 y 316 constitucionales⁹⁴. No menos importante, compromete la responsabilidad patrimonial de la República y de los funcionarios directamente involucrados en la infracción del orden legal, que ha degenerado en el cobro indebido de tributos, susceptibles

⁹³ Por “**mínimo imponible**” nos referimos al nivel de renta mínima excluida de la tributación. Las técnicas normativas, la extensión e intensidad de la mínima imposición, pueden variar mucho dependiendo de la decisión del legislador. Puede ser implementada como un mínimo exento, un mínimo no sujeto, como un mínimo gravado con tarifa 0, o como una minoración a la base imponible. *En todos los casos, el efecto práctico (económico) es la no imposición de un mínimo identificado como necesario para atender necesidades de subsistencia*. En el derecho internacional de los derechos humanos hay un consenso en que esa zona de no imposición constituye una medida económica representativa de ausencia de capacidad contributiva a los gastos generales como expresión de derecho al respeto de la dignidad humana en el Estado Social y de Derecho. Ese derecho humano suele identificarse bajo el concepto de “**mínimo vital**”. Lo importante es que esa zona de no imposición sea efectiva y cumpla su propósito de permitir la retención económica de los recursos necesarios para la atención de las necesidades vitales y familiares del contribuyente frente a la tributación.

⁹⁴ **Artículo 3 de la CRBV**: “El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines”.

Artículo 299 de la CRBV: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad”.

Artículo 316 de la CRBV: “El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas 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”.

de repetición, tal como garantizan los artículos 26, 30, 49, 137, 139, 140 y 259 de la Constitución, en concordancia con el artículo 327 del COT.

Es tan indignante la situación de subestimación del ajuste de la UT que los perceptores de salario mínimo se convirtieron en contribuyentes del ISR. Una situación francamente lesiva del derecho humano a un “mínimo vital tributario”.

Adicionalmente, la UT es utilizada espuriamente en contextos de corrección donde técnicamente, no debe ni puede funcionar. En expresión de un derecho sancionatorio máximo, cargado de incertidumbre e imprevisibilidad, la UT vigente a la fecha del pago es utilizada para dimensionar las multas expresadas normativamente en términos de dicha unidad de valor y no según la vigente a la fecha de la comisión del ilícito⁹⁵, en infracción de los principios de taxatividad penal, de la prohibición de retroactividad normativa y de razonabilidad de la Ley. Lo propio ocurre para las sanciones pecuniarias expresadas en términos porcentuales, las cuales deberán convertirse al equivalente de UT que corresponda al momento de la comisión del ilícito y deberán ser cumplidas utilizando el valor de la misma que estuviere vigente para la fecha del pago⁹⁶.

En suma, insólitamente, la perversión normativa es llevada al paroxismo de la desproporción: hay *defecto de corrección* allí donde la inflación sobrestima las capacidades contributivas y hay *exceso de corrección* allí donde la incidencia de la inflación no justifica su corrección. Estos desafueros anarquizan el sistema tributario, generando un *déficit* de coherencia regulativa, con la consecuente degradación de la debida y necesaria justicia y seguridad jurídica en la imposición. Este

⁹⁵ **Artículo 91 del COT:** “Cuando las multas establecidas en esta Código estén expresadas en unidades tributarias (UT), se utilizará el valor de la unidad tributaria que estuviere vigente para el momento del pago”.

⁹⁶ **Artículo 92 del COT:** “Las multas establecidas en este Código, expresadas en términos porcentuales, se convertirán, se convertirán al equivalente de unidades tributarias (UT) que correspondan al momento de la comisión del ilícito y se cancelarán utilizando el valor de la misma que estuviere vigente para el momento del pago”. *Vid.* WEFER, Carlos. “**Inflación y derecho penal tributario <las sanciones tributarias como obligaciones <de valor>**”, Trabajo inédito de investigación para su incorporación a la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México D.F. 2015, consultado el 28 de mayo de 2018, disponible en web: < http://www.academia.edu/35487471/INFLACION%20Y%20DERECHO_PENAL_TRIBUTARIO._Las_sanciones_tributarias_como_obligaciones_de_valor>.

es un fenómeno que tiende a generalizarse y a pervertirse en nuestro medio.

III. MORAL DEL JUEZ TRIBUTARIO.

En desarrollo de la justicia como valor superior, la Constitución consagra el derecho de toda persona al acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses y lograr su tutela efectiva y obtener con prontitud la decisión correspondiente⁹⁷. Se define el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia, conminando al legislador a la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y a la adopción de un procedimiento breve, oral y público, en el que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales⁹⁸. En forma complementaria el artículo 334 consagra la obligación constitucional a todos los jueces en el ámbito de su competencia de asegurar la integridad de la Constitución, especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso. Así mismo, contempla que el debido proceso se aplicará todas las actuaciones judiciales y administrativas por lo que la defensa inviolable en todo estado y grado de la investigación y el proceso teniendo la persona interesada derecho ser notificado de los cargos por los cuales investiga acceder a las pruebas a disponer del tiempo necesario y los medios de cuando para ejercer su defensa⁹⁹.

La Constitución también incorpora la garantía de imparcialidad y de independencia¹⁰⁰ en el ejercicio de sus funciones de los jueces

⁹⁷ **Artículo 26 de la CRBV:** “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

⁹⁸ **Artículo 257 de la CRBV:** El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

⁹⁹ **Artículo 49 de la CRBV:** “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: **1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso (...).**”.

¹⁰⁰ **Artículo 254 de la CRBV:** “El Poder Judicial es independiente...”

y magistrados que, **“...desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, no podrán, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con su función, ni por sí ni por interpósita persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas”**¹⁰¹.

La Constitución también contempla la jurisdicción contencioso administrativa, inclusiva del ámbito contencioso tributario, que **“...corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley, que son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”**¹⁰².

La moral juridificada en la Constitución venezolana es impecable e indefectible desde el punto de vista deóntico. Pero en la realidad esa fuerza normativa de la Constitución no representa un límite a la política y son insuficientes los controles de los poderes constituidos. No

¹⁰¹ **Artículo 256 de la CRBV:** Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, los magistrados o las magistradas, los jueces o las juezas; los fiscales o las fiscales del Ministerio Público; y los defensores públicos o las defensoras públicas, desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, no podrán, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con su función, ni por sí ni por interpósita persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas.

Los jueces o las juezas no podrán asociarse entre sí.

¹⁰² **Artículo 259 de la CRBV:** La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

funcionan en la práctica los pesos y contrapesos democráticos (*checks and balances*) por la falta de independencia y autonomía de los Poderes Públicos, especialmente del Poder Judicial.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en sus informes sobre Venezuela, la necesidad de que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, esto es, que estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen, manifestando su preocupación por aspectos que afectan la independencia e imparcialidad del poder judicial, en particular por los altos porcentajes de jueces y fiscales en situación de provisionalidad y el incumplimiento de algunos de los procedimientos legales y constitucionales en el proceso para su designación y destitución, así como por las injerencias del poder ejecutivo en las decisiones judiciales¹⁰³.

En este sentido, en Venezuela los jueces están cooptados por el poder político. Ese control se ejerce inicialmente por el Tribunal Supremo de Justicia que controla “...el nombramiento y juramento de los jueces”¹⁰⁴, y por supuesto su remoción, mediante la coacción ilegítima que se aplica con la amenaza latente de suspensión y retiro, dado carácter provisorio y temporal de muchos cargos.

¹⁰³ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*”, Washington, D.C., 2009, párrafo 184, consultado el 2 abril de 2018, disponible en web: < <http://www.cidh.org/countryrep/venezuela2009sp/VE09CA-PIIISP.htm#III.A>> Esta situación se había advertido con anterioridad, ver Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*”. Washington, D.C., 2003, párrafo 150, consultado el 2 abril de 2018, disponible en web: < <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2003sp/cap.1.htm#B>>.

¹⁰⁴ **Artículo 255 de la CRBV:** El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o removidas o suspendidos o suspendidas de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de Derecho la especialización judicial correspondiente.

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

La obsecuencia de los jueces de lo contencioso tributarios con el Poder Ejecutivo y más concretamente con el partido de gobierno se observa en la **“...reticencia generalizada para ejercer la desaplicación de la ley al caso concreto como garantía de la supremacía de la Constitución, es deber del ciudadano, como justiciable, seguir luchando, creyendo en la justicia, para hacer realidad el *desideratum* Constitucional, de un Estado de Derecho y de Justicia”**¹⁰⁵.

La condescendencia de los jueces tributarios con una distorsionada preferencia recaudatoria, llega a introducir la muy inconveniente denegación de justicia en innumerables sentencias de los Juzgados Superiores de lo Contencioso Tributario, que terminan por decir que “no hay materia sobre la cual decidir”¹⁰⁶, el abuso de la declaratoria de abandono del trámite por inactividad procesal, cuando son los propios jueces quienes paralizan las causas, o la convalidación de **“...la circunstancia permitida en el Código Orgánico Tributario de 2001, de que la Administración Tributaria pueda demandar en juicio ejecutivo el cumplimiento compulsivo de un acto administrativo que es objeto de un recurso contencioso tributario”**¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. BLANCO-URIBE Q., Alberto, “Los jueces tributarios y el control de constitucionalidad”, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 241 p.

¹⁰⁶ Cfr. BLANCO-URIBE Q., Alberto, “Análisis crítico de jurisprudencia tributaria”, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 455 p.

¹⁰⁷ Cfr. BLANCO-URIBE Q., Alberto, “Juicio ejecutivo o enrevesamiento jurídico. Violación Sistemática de Derechos Humanos”, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 597 p. Este autor cita el caso de la sentencia No. 01782 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de diciembre de 2011, (caso *Globovisión Tele, C.A. contra Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria –SENIAT-*, con ponencia de la Magistrada Trina Omaira Zurita), en la que, olvidando que si hay un recurso contencioso tributario no puede haber exigibilidad de la obligación demandada, se precisó que: “...en el contencioso tributario, la Administración Tributaria tiene la cualidad de acreedora del contribuyente, teniendo su título carácter de ejecutivo (Artículo 289 del COT de 2001), lo que la habilita a acudir a la vía ejecutiva o juicio ejecutivo regulado en los artículos 289 y siguientes del vigente Código Orgánico Tributario, pudiendo en todo caso el contribuyente levantar la medida que hubiere sido decretada, conforme a lo preceptuado en el artículo 299 *eiusdem*, según el cual: “(...) Las medidas decretadas podrán ser sustituidas a solicitud del interesado, por garantías que a juicio del Tribunal sean suficientes, y siempre que cumplan las formalidades previstas en el artículo 72 de este Código”.

Una muestra más reciente de decisiones inconsecuentes con la moralidad tributaria de los jueces tributarios es la renuncia a la jurisdicción, esto es, la competencia constitucional y convencional irreducible a favor de los jueces. El caso clínico lo representa la decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia caso *Carbones del Guasare, S.A.*, del 17 de octubre de 2017¹⁰⁸, al señalar que del otorgamiento a la Administración Tributaria de “...la competencia para iniciar e impulsar el <<*Cobro Ejecutivo*>> y todas sus incidencias, deriva consecuentemente la imposibilidad de los Jueces Contenciosos Tributarios de conocer y resolver las demandas de ejecución de créditos fiscales, en virtud de haber perdido sobrevenidamente la jurisdicción para tal fin, dada la derogatoria de las normas que les permitían decretar embargos ejecutivos y resolver las incidencias en dichos procedimientos”; además, el Texto Orgánico Tributario de 2014 estableció en su artículo 346 que los “(...) juicios ejecutivos que estuvieren pendientes para la fecha de [su] entrada en vigencia (...), en los Tribunales Superiores Contencioso Tributarios, serán remitidos a la Administración Tributaria, para su conclusión definitiva” (agregado de este fallo). (*Id.*, sentencias de esta Sala Político-Administrativa Nos. 00253 de fechas 14 de mayo de 2015, caso: *Aeropostal Alas de Venezuela, C.A.*, y 00675 del 10 de junio de 2015, caso: *Sucesión de María Concepción Gulias Barreiro*)¹⁰⁹.

Sin lugar a duda la mayor inmoralidad institucional asociada a la (in) justicia consiste en el monopolio de la validez jurídica que ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Este tribunal tal como está diseñado en la Constitución es incompatible con el Estado de Derecho, la separación de poderes y la democracia¹¹⁰. El conjunto de potestades que se le han atribuido y las que se ha auto

¹⁰⁸ Sentencia No. 1092 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de octubre de 2017, caso: *Carbones del Guasare, S.A.*, consultado el 19 de mayo de 2018, disponible en web: < <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/203827-01092-171017-2017-2013-0983.HTML>>

¹⁰⁹ Sentencia No. 675 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 10 de junio de 2015, caso: *Sucesión de María Concepción Gulias Barreiro*, consultado el 5 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/203827-01092-171017-2017-2013-0983.HTML>>

¹¹⁰ *Cfr.* DELGADO, Francisco J, *Chavismo y derecho*, Editorial Galipán, Caracas, 2017, p. 138.

atribuido, implica una instancia estatal que reúne al mismo tiempo el poder legislativo, ejecutivo, judicial e incluso constituyente¹¹¹.

La Sala Constitucional se ha caracterizado desde su nacimiento, primero por la manipulación del texto de la Constitución al interpretarlo aprovechándose del hecho de que la interpretación que hace no es impugnabile y, segundo, la utilización en provecho propio del carácter vinculante de sus decisiones. Así se ha dedicado al despojo de atribuciones de los demás órganos del Poder Público, particularmente de la Asamblea Nacional (creando un cerco político institucional¹¹²), al servicio del Ejecutivo Nacional. Ha ejercitando funciones constituyentes, de revisión de cualquier sentencia incluso definitivamente firmes, decidido conflictos entre distintos poderes, ha designado autoridades, aprobado presupuestos, incluso decido recursos de inconstitucionalidad por omisión del poder legislativo, dictando normas como si se tratara de un legislador “...llamando esta potestad con el nombre de <jurisdicción normativa>, lo cual es contradictorio en sí mismo”¹¹³.

El autoritarismo judicial también ha tenido repercusiones en materia tributaria. Particularmente patética resultó la sentencia de la Sala Constitucional que reformó el artículo 31 de la LISR¹¹⁴, sin que

¹¹¹ BREWER-CARIÁS, Allan R. *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos No. 8, segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2015 p. 138; más recientemente *La consolidación de la tiranía judicial<el juez constitucional controlado por el poder ejecutivo asumiendo el poder absoluto>*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas New York 2017, p.

¹¹² Cfr. CASAL H., Jesús M., *Asamblea nacional conquista democrática vs. Demolición autoritaria. <elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia>*, Colección Visión Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2017, p. 213

¹¹³ *Ob. Cit.* No. 112, p. 136.

¹¹⁴ <caso *Adriana Vigilancia y Carlos Vecchio en acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la norma del artículo 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto No. 307 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, publicado en la Gaceta Oficial No. 5.390 Extraordinario, de 22 de octubre de 1999*> en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/301-270207-01-2862.htm>. Ver nuestros comentarios y análisis de la sentencia No. 301/2007 de la Sala Constitucional, en “El *activismo judicial en la imposición de las personas naturales: Razones y emociones en la sentencia interpretativa*

mediara impugnación de dicha regla, de forma totalmente subrepticia, bajo el acomodaticio pretexto de que en su parecer la tributación de las personas naturales bajo relación de dependencia era excesiva e injusta. Bajo una argumentación acomodaticia (falaz¹¹⁵), sin ningún tipo de prueba y sin razonamientos técnicos decidió reeditar la norma en cuestión con carácter vinculante. Una decisión muy criticada no solo por la usurpación del rango legal, sino por la sospechosa intención de los magistrados que la dictaron de beneficiarse estableciendo un criterio de conveniencia sobre el tratamiento tributario para sus remuneraciones como empleados¹¹⁶.

IV. MORAL DEL CONTRIBUYENTE

Es innegable que **“las libertades privadas tienen costos públicos”** y que ese costo tiene que cubrirlos la sociedad mediante los impuestos y otras contribuciones¹¹⁷. El costo de los derechos no solo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática, sino también **“...nos lleva al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva”**¹¹⁸.

En Venezuela toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley¹¹⁹. Obviamente, ese deber solo puede ser cumplido a cambio del respeto de los derechos constitucionales a contribuir

de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el artículo 31 de la Ley de impuesto sobre la renta”, en *Conferencia dictada en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, del 5 de junio de 2007.

¹¹⁵ ABACHE C., Serviliano, *Sobre falacias, justicia constitucional y derecho tributario, del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: <más allá de la pesadilla y el noble sueño>*, Librería Álvaro y Nora, Caracas 2015, p. 22

¹¹⁶ ROMERO-MUCI, Humberto, Prologo en Libro de ABACHE C., Serviliano, *Sobre falacias, justicia constitucional y derecho tributario, del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: <más allá de la pesadilla y el noble sueño>*, Librería Álvaro y Nora, Caracas 2015, p. 22

¹¹⁷ *Vid.*, HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *El costo de los derechos <porque la libertad depende de los impuestos>*, Colección derecho y política, Siglo XXI Editores, Buenos Aires 2011, p.

¹¹⁸ *Ob. Cit.* No. 119, p. 246.

¹¹⁹ **Artículo 133 de la CRBV**: Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley.

conforme a Ley formal previa y cierta, sobre una capacidad económica efectiva, libre de discriminaciones, en forma razonable y proporcionada, bajo las garantías del debido proceso (*due process of law*).

Pero hay más. La tributación no es fin en sí misma. La tributación tiene como finalidad insoslayable el crecimiento económico y la elevación del nivel de vida de la población. Así lo ordena la propia Constitución en el citado artículo 316.

Ello supone que la tributación **(i)** lejos de asfixiar la iniciativa privada, debe protegerla, permitiendo el normal desarrollo de la actividad económica, **(ii)** convirtiéndose en un instrumento de distribución de la riqueza para compensar desigualdades a través del gasto social¹²⁰. El tributo como ingreso se legitima a través de la eficiencia del gasto público.

El tributo no puede cumplir su finalidad en una sociedad en la que el derecho de propiedad y la libertad económica han sido desmontados en desmedro de la producción interna, la capacidad industrial instalada, los servicios públicos¹²¹ eficientes y los empleos estables.

Esto ha ocurrido en Venezuela durante los últimos 18 años. La deriva autoritaria ha desmantelado el Estado democrático y social de derecho y de justicia. Producto de su **“...progresiva desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización...”**¹²², en su lugar y bajos sus despojos, se ha ensamblado un Estado totalitario, una dictadura totalitaria, que ha pasado a controlar todos los aspectos de la vida política, social y económica del país¹²³.

¹²⁰ Cfr. FRAGA P., Luis J., *Principios Constitucionales de la tributación*, Colección Estudios Jurídicos No. 95, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 142.

¹²¹ Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat se ha pronunciado reiteradamente sobre **“...el incumplimiento e inconsistencia de la planificación a mediano y largo plazo, la falta de opciones adecuadas frente a contingencia, el retraso en la construcción de obras de infraestructura y el equipamiento correspondiente, el mantenimiento insuficiente”**. Vid. Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat, **“Pronunciamiento sobre la crisis del Servicio Eléctrico”**, consultado el 20 de mayo de 2018, disponible en web: <http://www.acading.org.ve/info/comunicacion/pubdocs/DECLARACIONES/pronunciamiento46_SOBRE_CRISIS_DEL_SERVICIO_ELECTRICO.pdf>.

¹²² Cfr. BREWER-CARIAS, Allan, *Estado totalitario y desprecio a la Ley <la desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela>*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, p. 19.

¹²³ *Ibid.*, p. 20.

Se han instalado todo tipo de controles sobre la economía (control de cambio, control de precios, tasas de interés, importaciones, exportaciones, etc.), que solo han servido para crear más distorsiones, asfixiar la economía, generar inseguridad jurídica y una red clientelar y de corrupción entretejida por el *régimen y partido de gobierno*¹²⁴. En definitiva, se ha puesto en pie todo tipo de leyes para imponer el modelo económico de un estado corporativo excluyente, con el fin de sustituir el sistema democrático de equilibrio económico.

Se han masificado las expropiaciones de bienes singulares para penalizar a sectores productivos e industriales o de servicios, o su utilización como un instrumento normal para la estatización de actividades económicas que no han sido constitucionalmente reservadas al Estado por carecer de interés público y estratégico, así como la práctica de ocupaciones anticipadas a los procedimientos expropiatorios mediante la utilización de fuerzas militares, que fomentan la inseguridad jurídica y ahuyentan las inversiones que supone un desarrollo armónico de la economía nacional¹²⁵.

Paradójicamente, la destrucción de la economía y el colapso institucional del país ha sido financiada por el dispendio, el saqueo impune de los dineros públicos, potenciada por la hiper abundancia de recursos petroleros.

Para mayor distorsión se ha desmontado el sistema de control presupuestario y monetario y el control fiscal es usado como instrumento de persecución.

El BCV ha perdido su autonomía en desmedro del equilibrio socioeconómico del país. Ha perdido su facultad para administrar las reservas internacionales, obligándosele a financiar o convalidar políticas fiscales deficitarias o a otorgar créditos directos al Gobierno Nacional

¹²⁴ La Academia Nacional de Ciencias Económicas, “**La Academia Nacional de Ciencias Económicas se dirige a la Nación**”, consultado el 30 de abril de 2018, disponible en web: <<http://www.anhvenezuela.org.ve/novedades/noticias/la-academia-nacional-de-ciencias-economicas-se-dirige-a-la-nacion>>.

¹²⁵ Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “**La reconstrucción institucional del país. Propuestas a la Nación de las Academias Nacionales**”, consultado el 18 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/A-102.pdf>>.

y de la Estatal Petrolera (PDVSA)¹²⁶. Esto ha degenerado en monstruosos déficits fiscales, endeudamiento externo e interno desproporcionado, emisión descontrolada de dinero inorgánico, pérdida del valor externo del bolívar y una inflación galopante que raya en 4 dígitos.

Se han creado presupuesto paralelos a la unidad del tesoro y los presupuestos del Estado han sido inconstitucionalmente aprobados por órganos distintos al Poder Legislativo¹²⁷, limitándose las funciones constitucionalmente asignadas a la Asamblea Nacional mediante actos judiciales del Tribunal Supremo de Justicia, en negación de la Democracia, con graves consecuencias a la economía nacional por ser la Ley de Presupuesto un elemento central de la política pública para la planificación y el desarrollo económico de cualquier país¹²⁸.

Finalmente, la Contraloría General de la República ha dejado de controlar la legalidad y regularidad de los gastos, ingresos y bienes públicos, dedicándose a perseguir a funcionarios disidentes mediante la imposición de inhabilitaciones administrativas con atípicos efectos definitivos, sin la intermediación de juez alguno¹²⁹.

¹²⁶ Academia de Ciencias Políticas y Sociales, **“Opinión sobre el pedimento del Poder Ejecutivo Nacional al Banco Central de Venezuela para disponer, con propósitos de financiamiento del sistema agropecuario nacional, de 1000 millones de \$ de las reservas monetarias internacionales y otras formas de financiamiento, sin la contraprestación correspondiente en bolívares”**, consultado el 15 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Opinion%20de%20la%20Academia%20sobre%20el%20Pedimento%20del%20Ejecutivo%20al%20BCV%20de%201000%20millones%20de%20dolares%20de%20las%20reservas%20monetarias%20internacionales.pdf>>.

¹²⁷ Artículo 313 de la Constitución: **“La administración económica y financiera del Estado se regirá por un presupuesto aprobado anualmente por ley. El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional, en la oportunidad que señale la ley orgánica, el proyecto de Ley de Presupuesto. Si el Poder Ejecutivo, por cualquier causa, no hubiese presentado a la Asamblea Nacional el proyecto de ley de presupuesto dentro del plazo establecido legalmente, o el mismo fuera rechazado por éste, seguirá vigente el presupuesto del ejercicio fiscal en curso”**.

¹²⁸ Academias de Ciencias Políticas y Sociales, **“Pronunciamento acerca de la aprobación del presupuesto nacional para el año 2017, sin la intervención, por ley formal, de la asamblea nacional”**, consultado el 17 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamento%20Presupuesto%202017%20ACIENPOL.pdf>>.

¹²⁹ Además, la Contraloría ha negado el acceso a información de relevancia pública, como es la remuneración de los funcionarios públicos, y la Sala Constitucional del TSJ ha cohesionado esta decisión amparando un irracional derecho a la intimidad de los funcionarios y

En definitiva, en Venezuela se ejerce el poder *como no debe ser* para domeñar en tierra arrasada. Este es el objetivo declarado por el *régimen y partido de gobierno* para perpetuarse en el poder mientras a sus anchas se multiplican a los pobres, para sembrar la desconfianza y el miedo al otro, para multiplicar la ignorancia y movilizar el patriotismo frente a un enemigo externo irreal, explotando el instinto tribal y de supervivencia de los seres humanos¹³⁰. Se trata de un régimen distópico que tiene al país y al mundo entero perplejo ante tan grotesca tragedia de destrucción y por su inexplicable grado de indolencia moral para malograr a la población. Esta profunda crisis, en palabras del Secretario General de la Organización de Estados Americanos, ha sido **“...incitada y sostenida por un Régimen que ha destruido sistemáticamente la democracia, el Estado de Derecho y el respeto por los derechos humanos, así como el aparato productivo económico”**.¹³¹ De modo que todo lo que pretenda decirse sobre moralidad tributaria, debe partir irremediamente de la incontestable carencia de legitimidad moral del *régimen y partido de gobierno*.

Como ha podido comprobarse a lo largo de esta exposición, el régimen ha sometido al derecho a tensiones extremas¹³² subestimando la necesidad que éste tiene de coherencia, de armonía interna, de

desatendiendo el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos y el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública. Sentencia No. 745 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de julio de 2010 (Caso: *Asociación Civil Espacio Público*), consultada el 14 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/745-15710-2010-09-1003.HTML>>.

¹³⁰ Academia Nacional de Ciencias Económicas, **“Pronunciamiento de la Academia Nacional de Ciencias Económicas en La responsabilidad del gobierno en el deterioro de las condiciones de vida del venezolano”**, del 9 de mayo de 2018, consultado el 20 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://ancevenezuela.org.ve/ance/pronunciamentos/la-responsabilidad-del-gobierno-en-el-deterioro-de-las-condiciones-de-vida-del-venezolano>>.

“...Continuar con políticas que avivan el alza desmedida de precios y destruyen las capacidades productivas de la nación condena a la población a niveles aún mayores de miseria, hambre y carencia de medicamentos, con muertes que pudieran evitarse de introducir los correctivos necesaria”.

¹³¹ ALMAGRO, Luis., **“Crisis humanitaria en Venezuela - Palabras del Secretario General Luis Almagro en la Sesión Extraordinaria del Consejo Permanente”**, 30 de abril de 2018, consultada el 26 de mayo de 2018, disponible en web: <http://www.oas.org/es/acerca/discurso_secretario_general.asp?sCodigo=18-0046>

¹³² *Cfr.* DELGADO, Francisco J, **Chavismo y derecho**, Editorial Galipán, Caracas, 2017, p. 48.

generalidad, de estabilidad y de predictibilidad. El derecho se ha sometido a la conveniencia política, como un mero instrumento de dominación, violándolo, ignorándolo o interpretándolo falsamente. Así se ha disminuido su aptitud y eficacia como técnica de ordenación de conductas, de reducción y de solución del conflicto social. Esto se ha convertido en una práctica tan habitual que se traduce en una sustancial pérdida de reconocimiento espontáneo y de obediencia del derecho en vista de que no es posible ocultar ni justificar razonablemente semejante uso (o abuso) de lo jurídico¹³³.

En este contexto de regresión institucional el tributo no cumple ni puede cumplir su función ética. Su destino no es consistente con el bien común. Se ha desprestigiado y degenerado en otro instrumento más de control social, apalancado en la imperatividad de su forma jurídica y en la amenaza coactiva de la recaudación fiscal. Se ha utilizado como mecanismo de terror y persecución de la disidencia política y económica. Peor aún, lo recaudado es despilfarrado en burocracia bajo un marco de opacidad y no rendición de cuentas. Hay que recordar que la legitimidad de la contribución pasa por el modo en el que se emplea. “[S]in equidad en el gasto no se puede hablar de justicia en el ingreso”¹³⁴. Por lo tanto, la aversión social a los impuestos es inocultable.

A la luz de cuanto hemos expuesto sobre la moralidad institucional, el Estado Fiscal se encuentra absolutamente deslegitimizado. En el Estado Total la institucionalidad tributaria se encuentra vaciada de contenido. El “impuesto es nada”¹³⁵. Sencillamente el derecho y el tributario en particular no generan confianza.

¿Cómo justificar la imposición cuando se destruye la economía del país, cuando se genera hiperinflación, cuando se atropella al ciudadano para dominarlo, empobreciéndolo y envileciéndolo?

¹³³ *Ob. Cit.*, No. 135, p. 45.

¹³⁴ *Cfr.* ROZAS V., José A., nota preliminar en GALLO, Franco, *Las razones del fisco<ética y justicia en los tributos>*, Marcial Pons, Madrid 2011, p. 17.

¹³⁵ Como bien se ha dicho “<...cuando el Estado no es nada el impuesto no es nada”, y “cuando el Estado lo es todo, el impuesto también es nada>”, Original de LUCIEN MEHL citado por PLAZAS VEGA, Mauricio, “El Sistema Tributario de la Democracia Liberal”, conferencia dictada en las XVI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Caracas 30 de noviembre de 2017.

Incluso somos de la opinión que, en Venezuela se ha instalado un fenómeno extendido de anomia, descrito como aquella situación anómala que se presenta cuando ocurre un conflicto social que lleva a un sector a desconocer la legitimidad de la autoridad que dicta las normas en cuestión¹³⁶. En nuestro caso la causa de esta anomia deriva de la falta de legitimidad de origen y de ejercicio (funciones) del poder¹³⁷. El comportamiento anómico comienza por las élites políticas, ese *establishment* enquistado en el poder durante 18 años, que ha hecho su principal obsesión el desprecio superlativo al Derecho, a los principios democráticos y a las instituciones que los encarnan con el único propósito de mantenerse en el poder. Esa anomia ha permeado aguas abajo, convirtiéndose en un fenómeno generalizado. El poder no está investido de legitimidad democrática. Si el poder es ilegítimo el Derecho es injusto y el único elemento que preserva es la coacción, que tampoco es legítima. Se limita a la fuerza bruta, tal como la violencia de un grupo irregular armado o de la mafia. En todo caso, **“...conforme nos alejamos de la legitimidad democrática se debilitan o se pierden las razones de obediencia”**¹³⁸ al derecho.

En este contexto de deslegitimación del Estado fiscal los contribuyentes venezolanos tienen el derecho¹³⁹ a resistir para afirmar y restablecer el orden constitucional legítimo y los derechos humanos, al amparo del derecho consagrado en los artículos 333 y 350¹⁴⁰ de la Constitución.

¹³⁶ NINO, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Udeba, Buenos Aires, 2005, p. 138, citado por Benbenaste, Narciso; Etchezahar, Edgardo; Del Río, Marta, “Psicología de la Anomia”, *Anuario de Investigaciones*, Volumen XV, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos, p. 187-193.

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alonso Ruiz Miguel, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 175-176.

¹³⁸ PECES-BARBA M., Gregorio; FERNÁNDEZ G., Eusebio; y DE ASÍS R., Agustín. *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2ª Edición, Madrid, 2000, p. 360.

¹³⁹ *Cfr.* VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder <por una resistencia constitucional>*, Editorial Trotta, Madrid 2012, p. 122

¹⁴⁰ **Artículo 350 de la CRBV**: El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

CONCLUSIONES

La tributación solo se justifica éticamente cuando es efectivamente destinada al crecimiento económico y a la elevación del nivel de vida de la población.

La legitimidad del tributo se obtiene de la autoimposición, deriva del consenso democrático, se construye en un Estado de Derecho, con una efectiva separación y control recíproco de los órganos del Poder Público, en condiciones de transparencia, corresponsabilidad democrática y con un control judicial efectivo, independiente y objetivo de constitucionalidad y legalidad.

En Venezuela la Constitución de 1999 consagra un amplio catálogo de derechos para potenciar la ética tributaria, una muy completa ética juridificada. Sin embargo, esa declaración de valores no pasa de ser una positivación aparente, parte de una *fachada* sin eficacia, porque se sacrifican lo que es verdaderamente importante, esto es, la protección individual de los derechos fundamentales.

En este contexto de regresión institucional y poder ilegítimo, el tributo no cumple ni puede cumplir su función ética. Su destino no es consistente con el bien común. La casi totalidad de las formas de concreción del Derecho son injustas, no despiertan adhesión ni cooperación ciudadana, sino anomia y desconfianza.

El tributo y el Derecho se han desprestigiado y degenerado en instrumentos de control social, apalancados en la imperatividad de su forma jurídica y en la amenaza coactiva de la recaudación fiscal, la misma fuerza bruta con la que se mantiene un impuesto hiperinflacionario que desdice del más elemental sistema fiscal.

BIBLIOGRAFÍA

- ABACHE C., Serviliano, **“Sobre falacias, justicia constitucional y derecho tributario, del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: <más allá de la pesadilla y el noble sueño>”**, Librería Álvaro y Nora, Caracas 2015, 365 p. ISBN 978-980-6571-785.
- BARBERIS, Mauro. **“Ética para juristas”**, Editorial Trotta, Madrid, 2008, 272 p. ISBN 978-84-8164-974-1.

BLANCO-URIBE Q., Alberto, **“Juicio ejecutivo o enrevesamiento jurídico. <Violación Sistemática de Derechos Humanos>”**, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 986 p. ISBN 978-980-365-365-1.

_____, **“Análisis crítico de jurisprudencia tributaria”**, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 986 p. ISBN 978-980-365-365-1.

_____, **“La Necesidad de un Estatuto del Contribuyente o Declaración de los Derechos del Contribuyente frente al Ejercicio de la Potestad Tributaria”**, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 986 p. ISBN 978-980-365-365-1.

_____, **“Los jueces tributarios y el control de constitucionalidad”**, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 986 p. ISBN 978-980-365-365-1.

_____, **“Hacia un Estatuto del Contribuyente durante la Fiscalización”**, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 986 p. ISBN 978-980-365-365-1.

_____, **“Los derechos del contribuyente en la Constitución de 1999”**, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 986 p. ISBN 978-980-365-365-1.

_____, **“La Desjudicialización del Proceso Tributario”**, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 986 p. ISBN 978-980-365-365-1.

_____, **“El Recurso Contencioso Tributario, en las líneas del Prof. Gabriel Ruan Santos”**, en *Estudios sobre Derecho Procesal Tributario vivo*, Colección Estudios Jurídicos No. 115, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, 986 p. ISBN 978-980-365-365-1.

BREWER-CARÍAS, Allan, **“La consolidación de la tiranía judicial <el juez constitucional controlado por el Poder Ejecutivo asumiendo el Poder Absoluto>”**, Colección Estudios Jurídicos No. 15, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas/New York 2017, 238 p. ISBN 978-980-365-391-0

-
- _____, **“Estado totalitario y desprecio a la Ley <la desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela>”**, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 534 p, ISBN 978-980-365-272-2
-
- _____, **“La patología de la justicia constitucional”**, Tercera Edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, 668 p. ISBN 978-980365-2739.
-
- _____, **“El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional”**, Colección Estudios Políticos No. 8, segunda edición, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 2015, 426 p. ISBN 978-980-365-253-1.
- CARVALHO, Cristiano, **“Teoría de la decisión tributaria”**, Biblioteca de Derecho Financiero y Tributario LEX, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile 2017, 403 p. ISBN 978-956-7799-77-0
- CASAL H., Jesús M., **“¿De la Constitución nominal a la constitución fachada? <Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana>”**, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011, 361-382 p. ISSN 1510-4974.
-
- _____, **“Asamblea nacional conquista democrática vs. Demolición autoritaria. <elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia>”**, Colección Visión Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2017, 254 p. ISBN 978-980-244-875-3.
- COELHO P., Joao B., **“Derecho tributario y ética”**, Heliasta Editores, Buenos Aires 2010, 272 p. ISBN 978-950-885-112-3.
- DELGADO, Francisco J., **“Chavismo y derecho”**, Editorial Galipán, Caracas 2017, 189 p. ISBN 978-980-747-810-6.
- FERRAJOLI, Luigi, **“Principia iuris. <Teoría del derecho y de la democracia>”**. Editorial Trota, Madrid, 2011, 872 p. ISBN 978-849-879-178-5.
- FRAGA LO CURTO, Luis, **“4 décadas de políticas inflacionarias”**, Presentación del libro <Control e inflación. La inviabilidad del sistema venezolano de planificación centralizada de precios>, Universidad Metropolitana, Caracas 2015, 116 p. ISBN 978-9804100383
- FRAGA P., Luis J., **“Principios Constitucionales de la tributación”**, Colección Estudios Jurídicos No. 95, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, 243 p. ISBN 978-980-365-182-4
- FUENTES Q., Enrique, **“Introducción”**, en NEUMARK, Fritz, *Principios de la imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1974, 476 p., ISBN 9788447601004.

- GALLO, Franco, “**Las razones del fisco <ética y justicia en los tributos>**”, Marcial Pons, Madrid 2011, 189 p., ISBN 978-84-9768-861-1
- GIULIANI F., Carlos, “**Derecho Financiero**”, 5ta. Edición, Depalma, Buenos Aires 1993, p. 958. ISBN 950-14-0695-4.
- HERRERA M., Pedro M., “**Capacidad económica y sistema fiscal <análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho Alemán>**”, Marcial Pons, Madrid 1998, 588 p. ISBN 978-84-7248-548-8.
- HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass, “**El costo de los derechos <porque la libertad depende de los impuestos>**”, Colección derecho y política, Siglo XXI Editores, Buenos Aires 2011, 262 p. ISBN 978-987-629-154-5
- MEIER G., Eduardo. “**La eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional**”, Serie Estudios No. 105, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, 259 p. ISBN 978-98-0416-000-4.
- _____, “**Reflexiones sobre el sistema tributario y el principio de Legalidad Tributaria en la en la Constitución de 1999**”, en *Revista de Derecho Corporativo*, Vol. 2, No. 1, Universidad Metropolitana, Caracas, 2002, 529 p. ISSN 1317-6005.
- _____, “**Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en el ISR**”, en *El Impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma*, XVI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, organizadas por la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017, 529 p. ISBN 978-980-7304-22-1.
- NINO, Carlos S., “**Un país al margen de la ley**”, Udeba, Buenos Aires, 2005, 273 p. ISBN 978-950-041-199-8.
- PECES-BARBA, Gregorio, “**Ética, poder y derecho. <Reflexiones ante el fin de siglo>**”, Primera reimpresión, Distribuciones Fontamara, S. A. México D.F, 2006, 154 p. ISBN 978-968-476-348-7.
- PECES-BARBA M., Gregorio; FERNÁNDEZ G., Eusebio; y DE ASÍS R., Agustín. “**Curso de Teoría del Derecho**”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2ª Edición, Madrid, 2000, 384 p. ISBN 978-847-248-788-8.
- PLAZAS V., Mauricio, “**Derecho de la hacienda pública y derecho tributario**”, Tomo II, Derecho Tributario, Segunda edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá 2006, 669 p. ISBN 978-958-350-552-2.
- _____, “**El Sistema Tributario de la Democracia Liberal**”, conferencia dictada en las XVI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Caracas 2017.

ROMERO-MUCI, Humberto, **“Desinstitucionalización del concepto de deducción en el impuesto sobre la renta <un caso de manipulación semántica en el lenguaje jurídico>”**, en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación <1915-2015>*, Tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2016. 1703 p. ISBN 978-980-244-769-1.

_____, **“El <Impuesto a la Inflación> sobre el Patrimonio Bancario: Inconstitucionalidad de la eliminación del ajuste integral por inflación fiscal a las entidades financieras y de seguros”**, en el libro de Alfredo Morles Hernández, *La Banca <en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela>*, Segunda Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2016, 315 p. ISBN 978-98-0244-689-6.

_____, **“Uso, abuso y perversión de la Unidad Tributaria <una reflexión sobre tributación indigna>”**, Serie Estudios No. 111, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2016, 120 p. ISBN 978-98-0129-063-6.

_____, **“Deconstruccionismo y huida del derecho tributario: el caso de las contribuciones parafiscales sobre ciencia, tecnología e innovación y sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas”**, en *VIII Jornadas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006, 213 p. ISBN 980-12-2260-3.

_____, Prologo en Libro de ABACHE C., Serviliano, **“Sobre falacias, justicia constitucional y derecho tributario, del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: <más allá de la pesadilla y el noble sueño>”**, Librería Álvaro y Nora, Caracas 2015, 365 p. ISBN 978-980-6571-78-5.

_____, **“Desinstitucionalización y desigualdad desde el Estado: el caso venezolano”**. En Comunicación para el Primer Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas, y de Ciencias Económicas, Madrid, 16 al 18 de octubre de 2017, disponible en web: < <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs2/I%20Encuentro%20-%20Documentaci%C3%B3n.pdf>>

ROZAS V., José A., nota preliminar en GALLO, Franco, **“Las razones del fisco <ética y justicia en los tributos>”**, Marcial Pons, Madrid 2011, 190 p. ISBN 978-849-7688-611.

SALAS R., Luis, **“Adiós al ajuste por inflación o la eliminación de un impuesto de las élites económicas contra la ciudadanía”**, publicado el

31 diciembre de 2015, consultado el 15 de abril de 2018, disponible en web: <<http://questiondigital.com/?p=31606>>.

_____, “**22 Claves para entender y combatir la guerra económica**”. Consultado el 15 de abril de 2018, disponible en web en: <<http://www.psuve.org.ve/wp-content/uploads/2016/01/22-claves-para-entender-y-combatir-la-Guerra-Econ%C3%B3mica.pdf>, 26 p.>

SARTORI, Giovanni. “**¿Qué es la democracia?**”, Editorial Taurus, Madrid 2007, 449 p. ISBN 978-843-0606-238.

SOSA GÓMEZ, Cecilia, “**La ética como fundamento de la justicia**”, Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2017, 146 p. ISBN 978-980-12-9849-6.

TIPKE, Klaus, “**Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes <Besteuerungsmoral und Steuermoral>**”, Marcial Pons, Madrid, 2002, 146 p. ISBN 978-84-7248-951-6.

URSO C., Giuseppe y DIAZ, I., Valmy, “**El IVA <una década de jurisprudencia en Venezuela>**”, Editorial Paredes, Caracas 2004, 212 p. ISBN 980-12-0671-3.

VITALE, Ermanno, “**Defenderse del poder <por una resistencia constitucional>**”, Editorial Trotta, Madrid 2012, 136 p. ISBN 978-84-9879-255-3.

WEFFE, Carlos, “**Tributación y regulación: notas introductorias al debate sobre la función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho**”, en *Tributación y Regulación*, Memorias de las XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2015, 485 p. ISBN 978-980-7304-21-4.

Legislación.

Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinaria*, el 19 de febrero de 2009.

Venezuela. Decreto No. 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la *Gaceta Oficial No. 6.147* el 17 de noviembre de 2014.

Venezuela. Decreto No. 1.434 del 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Tributario, publicado en la *Gaceta Oficial No. 6.152 Extraordinaria*, el 18 de noviembre de 2014.

Venezuela. Decreto No. 1.435 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la LISR, que reformó parcialmente la LISR de 2007, publicado en la *Gaceta Oficial No. 6.152 Extraordinaria* el 18 de noviembre de 2014.

Venezuela, Providencia No. SNAT/2015/0021, mediante la cual establecen las Normas para el ajuste contable de los contribuyentes que realicen

actividades Bancarias, Financieras, de Seguros y Reaseguros excluidos del sistema de ajustes por inflación, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 40.744 del 11 de septiembre de 2015.

Venezuela. Decreto No. 2.163 del 29 de diciembre de 2015, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta publicado en *Gaceta Oficial* No. 6.210 *Extraordinaria* el 30 de diciembre de 2015.

Venezuela. Ley Constitucional sobre la Creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria del 21 de diciembre de 2017, publicada en *Gaceta Oficial* No. 41.305, el 21 de diciembre de 2017.

Venezuela. Decreto No. 3.393 del 30 de abril de 2018, mediante el cual se faculta al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria para reajustar la Unidad Tributaria publicado en *Gaceta Oficial* No. 41.387 el 30 de abril de 2018.

Sentencias.

Sentencia No. 301/2007 de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia del 27 de febrero de 2007, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 5.390 *Extraordinario* del 22 de octubre de 1999, disponible en web <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/301-270207-01-2862.htm>>.

Sentencia No. 745 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 15 de julio de 2010 (Caso: *Asociación Civil Espacio Público*), consultada el 14 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/745-15710-2010-09-1003.HTML>>.

Sentencia No. 1092 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de octubre de 2017, caso: *Carbones del Guasare, S.A.*, consultado el 19 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/203827-01092-171017-2017-2013-0983.HTML>>.

Sentencia No. 675 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 10 de junio de 2015, caso: *Sucesión de María Concepción Gulias Barreiro*, consultado el 5 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/203827-01092-171017-2017-2013-0983.HTML>>.

Sentencia caso “*Mc. Culloch vs. Maryland*”, 17 U.S. 316, 4 Wheat 316, 4 L. Ed. 579 (1819), consultado el 20 de mayo de 2018, disponible en web: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>

Informes.

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “**Democracia y Derechos Humanos en Venezuela**”, Washington, D.C., 2009, disponible en web: < <http://www.cidh.org/countryrep/venezuela2009sp/VE09CAPIIISP.htm#III.A>>.

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humano, “**Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela**”. Washington, D.C., 2003, disponible en web: < <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2003sp/cap.1.htm#B>>.

Documentos Electrónicos.

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “**Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ante la “Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia”, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente**”, Caracas, diciembre, 2017, consultado el 8 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20Ley%20Contra%20el%20Odio.%20Acienpol.pdf>>.

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “**Opinión sobre el pedimento del Poder Ejecutivo Nacional al Banco Central de Venezuela para disponer, con propósitos de financiamiento del sistema agropecuario nacional, de 1000 millones de \$ de las reservas monetarias internacionales y otras formas de financiamiento, sin la contraprestación correspondiente en bolívares**”, consultado el 15 de mayo de 2018, disponible en web: <[http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Opinión%20de%20la%20Academia%20sobre%20el%20Pedimento%20del%20Ejecutivo%20al%20BCV%20de%201000%20millones%20de%20dólares%20de%20las%20reservas%20monetarias%20internacionales.pdf](http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Opinion%20de%20la%20Academia%20sobre%20el%20Pedimento%20del%20Ejecutivo%20al%20BCV%20de%201000%20millones%20de%20dolares%20de%20las%20reservas%20monetarias%20internacionales.pdf)>.

Academias de Ciencias Políticas y Sociales, “**Pronunciamiento acerca de la aprobación del presupuesto nacional para el año 2017, sin la intervención, por ley formal, de la asamblea nacional**”, consultado el 17 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Pronunciamiento%20Presupuesto%202017%20ACIENPOL.pdf>>.

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “**La reconstrucción institucional del país. Propuestas a la Nación de las Academias Nacionales**”, consultado el 18 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/A-102.pdf>>.

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, **“Pronunciamento en razón de los recientes Decretos-Ley dictados por el presidente de la República”**, Caracas, noviembre de 2014, consultado el 19 de mayo de 2018, disponible en web: < <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/v4PronunciamentoACPSLeyhabilitante0121214.doc.pdf>>.

Academia Nacional de la Ingeniería y el Hábitat, **“Pronunciamento sobre la crisis del Servicio Eléctrico”**, consultado el 20 de mayo de 2018, disponible en web: <http://www.acading.org.ve/info/comunicacion/pubdocs/DECLARACIONES/pronunciamento46_SOBRE_CRISIS_DEL_SERVICIO_ELECTRICO.pdf>.

Academia Nacional de Ciencias Económicas, **“La Academia Nacional de Ciencias Económicas se dirige a la Nación”**, consultado el 30 de abril de 2018, disponible en web: <<http://www.anhvenezuela.org.ve/novedades/noticias/la-academia-nacional-de-ciencias-economicas-se-dirige-a-la-nacion>>.

Academia Nacional de Ciencias Económicas, **“Pronunciamento de la Academia Nacional de Ciencias Económicas en La responsabilidad del gobierno en el deterioro de las condiciones de vida del venezolano”**, del 9 de mayo de 2018, consultado el 20 de mayo de 2018, disponible en web: < <http://ancevenezuela.org.ve/ance/pronunciamentos/la-responsabilidad-del-gobierno-en-el-deterioro-de-las-condiciones-de-vida-del-venezolano>>.

Academias Nacionales de Venezuela, **“Pronunciamento de las Academias Nacionales ante la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente”**, Caracas, agosto, 2017, consultado el 5 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/2017-08-15%20Pronunciamento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf>>.

Academias Nacionales de Venezuela, **“Las Academias Nacionales se dirigen al presidente de la República, al ministro del Poder Popular de Economía y Finanzas y al presidente del Banco Central de Venezuela, ante los anuncios en materia monetaria del Gobierno Nacional”**, Caracas, abril, 2018, consultado el 30 de abril de 2018. Disponible en web: < <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Comunicado%20conjunto%20-%20Nuevo%20cono%20monetario%20%20y%20Petro%20Final-1.pdf>>.

ALMAGRO, Luis., **“Crisis humanitaria en Venezuela - Palabras del Secretario General Luis Almagro en la Sesión Extraordinaria del**

Consejo Permanente”, 30 de abril de 2018, consultada el 26 de mayo de 2018, disponible en web: <http://www.oas.org/es/acerca/discurso_secretario_general.asp?sCodigo=18-0046>

CUSIMANO, Javier, **“El término de distopía funciona como antónimo de utopía. En la siguiente nota de análisis de las distopías representadas en el cine y la literatura”**, consultada el 25 de mayo de 2018, disponible en web: <https://ecotropia.noblogs.org/2011/02/637/>.

RESUMEN

En el presente texto exponemos la formulación institucional de la moralidad¹⁴¹ (o justicia) tributaria en Venezuela y su paradójico estado de incumplimiento por el Estado Fiscal (legislador, administración y judicatura) al contrario de las prescripciones constitucionales y de una razón mínima. Examinamos las perplejidades que sufre el contribuyente venezolano sometido por un régimen distópico que le ha postrado en situación de anomia social.

ABSTRACT

In the present text we expose the institutional formulation of the tax morality (or justice) in Venezuela and its paradoxical state of non-compliance by the Fiscal State (legislator, administration and judiciary) contrary to the constitutional prescriptions and of a minimum ratio. We examine the perplexities suffered by the Venezuelan taxpayer subjected to a dystopian regime that has prostrated him in a situation of social anomie.

¹⁴¹ Seguiremos el criterio de TIPKE para quien la ética tributaria es **“...la teoría que estudia la moralidad de las actuaciones en materia tributaria desarrollada por los poderes públicos -legislativo, ejecutivo y judicial- y por el ciudadano contribuyente”** Cfr. TIPKE, Klaus, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 21.

PALABRAS CLAVE

moral tributaria,
capacidad contributiva,
legalidad tributaria,
dictadura,
distopía,
anomia.

KEY WORDS

tax morale,
ability to pay taxes,
tax legality,
dictatorship,
dystopia,
anomie.

**DECLARACIÓN DEL II ENCUENTRO
IBEROAMERICANO DE ACADEMIAS
DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS,
CELEBRADO
EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES
EL 7 Y 8 DE JUNIO DE 2018.**

En el II Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas, reunidas en Buenos Aires el 7 y 8 de junio de 2018, los delegados de las Academias de Argentina, Chile, España, Perú y Venezuela presentes reiteran, como lo hicieron un año atrás en Madrid, su denuncia del quebramiento absoluto del orden constitucional democrático en Venezuela y de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos que se producen en el país hermano. Esto es consecuencia de las acciones de un gobierno que ha degenerado en totalitarismo, con el consecuente sufrimiento de las condiciones elementales de vida de la población.

Denuncian, asimismo, el modelo político ideológico que ha regido en Venezuela en lo que va del siglo XXI. Ha convertido a Venezuela, de uno de los países de mayor prosperidad en América latina, en otro de creciente pobreza, hasta el punto de haber derivado su situación en pavorosa crisis humanitaria.

Como académicos no podemos permanecer indiferentes frente al padecimiento de los venezolanos. Apelamos, pues, a la conciencia cívica iberoamericana, a lo que quede de responsabilidad y capacidad de rectificación de sus gobernantes y a las instituciones del sistema interamericano y de la Organización de las Naciones Unidas a fin de que se restablezcan las condiciones de orden público e institucional y de convivencia democrática en Venezuela.

Buenos Aires, 8 de junio de 2018.

**X CONGRESO
DE LA CONFERENCIA PERMANENTE
DE ACADEMIAS JURÍDICAS
DE IBEROAMÉRICA.
MADRID, 22,23 Y 24
DE NOVIEMBRE DE 2018.**

**RELACIÓN DE LA SECCIÓN 1:
"DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO
FRENTE AL POPULISMO Y LA CORRUPCIÓN".**

PONENTE:

ALBERTO TOLIVAR ALAS (ESPAÑA).

MODERADOR:

JOSEP D. GUARDIA I CANELA (CATALUÑA).

COORDINADOR:

GABRIEL RUAN SANTOS (VENEZUELA).

Leída la ponencia del académico Leopoldo Tolivar Alas (Academia de Asturias), así como las comunicaciones de los académicos Bonifacio Ríos Avalos (Academia de Paraguay) Cesáreo Rocha Ochoa (Academia de Colombia) José Sáez Capel (Academia Boliviana) José Antonio Martínez Vela (Academia de Madrid) Remigio Beneyto Berenguer (Academia de Valencia) Carlos Acedo Sucre (Academia de Venezuela) Francisco La Moneda Díaz (Academia de Extremadura) Efraín Hugo Richard, Calos Julio Lescano y Daniel Cesano (Academia de Córdoba-Argentina) Victorio Magariños Blanco (Academia de Sevilla), Amador García-Carrasco García (Academia de Madrid) José Luis Martínez López-Muñiz (Academia de Valladolid) José Antonio Fernández Ajenjo (Academia de Madrid) Efraín Hugo Richard (Academia de Córdoba-Argentina) Antonio Fernández de Buján y Fernández (Academia de Madrid) y Fernando Rodríguez Alonso (Academia de Madrid); la coordinación de esta sección 1, con la venia de los participantes, procede a resumir las aportaciones recibidas y a organizar el tema, de la forma libre que se expone a continuación:

El texto de la ponencia principal asume como sabido el concepto de Estado de Derecho y nos introduce directamente en el examen de las amenazas contra su vigencia, que postula el título de la sección, es decir, el populismo y la corrupción generalizada. Considera al populismo como un fenómeno multiforme de grandes magnitudes y grave riesgo para las sociedades democráticas, y en especial, para sus instituciones. A la corrupción la califica como un vicio social, que se manifiesta principalmente -aunque no exclusivamente- en las contrataciones públicas y en la obtención y disfrute de beneficios y ventajas oficiales, situándose al mismo tiempo como causa y como efecto del fenómeno populista.

La ponencia se apoya en la literatura más conocida y reputada del populismo, y con cita de César Ulloa lo describe como “una estrategia

que no enfatiza lo ideológico, se caracteriza por un discurso popular-confrontacional (contra las oligarquías, las instituciones, crea permanentemente enemigos, goza de capacidad de movilización y se dirige a un segmento policlasista, pese a que enfatiza su interés en segmentos de menores recursos económicos)". El populismo – afirma el ponente- es una estrategia, no una ideología, es un camino, método o conjunto de acciones para hacerse del control político de un país. Es un fenómeno asociado a la democracia, a la cual dice profundizar, pero más bien la debilita y obstaculiza, y sobre todo *refleja su degeneración*. Por ello, parece servir igualmente, a los movimientos políticos de izquierda y de derecha, porque magnifica las críticas y quejas al sistema, pero se cuida de no revelar sus propuestas definitivas de organización política, social y económica, para poder mantener vivas sus promesas.

Según el ponente, el populismo manipula las emociones, idealiza al pueblo, exagera los vínculos afectivos del pueblo con líderes carismáticos, alimenta el odio contra los partidos políticos tradicionales, divide la sociedad entre amigos y enemigos, predica la "*antipolítica*", el antiliberalismo, insufla los nacionalismos y sentimientos étnicos, aclama los igualitarismos a la par que discrimina, acrecienta el estatismo, justifica la eficacia de los autoritarismos y militarismos y no se detiene ante el *sincretismo* de sus consignas.

El fenómeno tiene "numerosas concausas", dice el ponente: "Hastío del modelo tradicional de partidos, escasa participación política, crisis económicas, corrupción, deseo de revertir el poder de las élites económicas y multinacionales o incluso, nacionalismos excluyentes... perpetuación en el poder de un nuevo caudillaje, etcétera". Siendo posible que en Europa hayan prevalecido las causas políticas y en América Latina las causas económicas. Pero, en todo caso, la más destacada de ellas ha sido la corrupción y la falta de transparencia en la administración de los asuntos públicos.

Por lo anterior, la ponencia se concentra en los instrumentos normativos nacionales e internacionales para la lucha contra la corrupción, como son las convenciones europeas y latinoamericanas contra ese vicio social y las legislaciones penales y de contrataciones públicas vigentes en España y en algunos países iberoamericanos. Destaca la necesidad de transparencia en el ejercicio del "poder adjudicador" del

Estado, a través de procedimientos "a evidencia pública", como los denominaba el jurista italiano Massimo Severo Giannini, con sujeción a la publicidad, igualdad, libre acceso y formalidad, y con abolición de las negociaciones privadas para asuntos de mayor cuantía con la administración pública. Así también, remite a la descripción de las conductas corrompidas en las leyes penales, a las prohibiciones de contratar cuando hay conflictos de interés, a la obligación de presentar declaraciones de patrimonio y de intereses para perseguir presuntivamente los enriquecimientos injustificados e ilícitos, y la protección de la denuncia y del derecho de los denunciantes.

La comunicación del académico Rocha Ochoa refuerza los aspectos más resaltantes de la ponencia del académico Tolivar Alas. Señala Rocha que más allá de las controversias que normalmente han afectado a la democracia liberal y al Estado-Nación, el populismo y la corrupción han tenido el efecto mayor de corroer las instituciones que fundamentan al sistema. Con apoyo en diversos autores, afirma que la amenaza principal contra la libertad y la democracia es hoy día el populismo, entendido este último no como una ideología sino como una "epidemia viral" muy tóxica, que consiste en una degeneración de la democracia que puede acabar con ella "*desde dentro*", y que ataca por igual a muchos países, con independencia de su desarrollo, y revistiendo diversas máscaras, para encubrir a los movimientos de ultra izquierda y a los extremismos derechistas; presentándose en algunos países, como España, en las dos tendencias.

Rocha asume las *desviaciones del populismo* con respecto a la democracia liberal expuestas por Axel Kaiser y Gloria Álvarez: desprecio por la libertad individual y los derechos del individuo; idolatría del Estado; la culpa siempre es de otros (enemigos anónimos); la paranoia antiliberal; el disfraz democrático; y la falsa obsesión igualitaria. Son los signos de alarma que deben ser más atendidos.

Por su representatividad, Rocha dedica amplio espacio a la descripción del populismo chavista en Venezuela, el cual no sólo ha destruido la economía, sino que ha desnaturalizado todas las instituciones democráticas, para imponer finalmente el marxismo-leninismo coaligado con mafias militares, a pesar de que Hugo Chávez por mucho tiempo ocultó el verdadero contenido de su Revolución y el substrato militarista de su

movimiento. Alerta acerca del populismo engañoso del candidato Petro en Colombia. También analiza los fenómenos derechistas de Trump en EE.UU, del Brexit en Inglaterra y de Marine Le Pen en Francia, montados sobre nacionalismos con inspiración étnica.

Rocha concluye que hay que combatir el populismo extremista con la acción nacional e internacional, pues es un fenómeno que rebasa las fronteras nacionales, y es indispensable apoyar el repudio internacional a las dictaduras y violaciones a los derechos humanos, más allá del viejo principio absoluto de no intervención extranjera en la política interna de los Estados. Sostiene que contra dicho fenómeno y la corrupción es necesario restablecer la *conciencia ética general* y las enseñanzas de las humanidades, para evitar el egocentrismo profesional, la sumisión mercantilista y la adicción tecnológica. Hay que defender la libre empresa por oposición al estatismo. Así también, reforzar el valor ético del Estado de Derecho, preservar la división de poderes, la independencia del Poder Judicial y el cumplimiento de las normas, y sobre todo rechazar la "*modernidad líquida*", que promueve el abandono de los valores individuales y el acomodamiento inmoral de todas las reglas sociales al confort de la masa humana.

La comunicación del académico Martínez Vela indaga los orígenes del populismo en el bajo imperio romano. Toma inicio esta indagación en la convicción de que el populismo es un concepto "*escurrudizo*" y predominantemente "*retórico*", vale decir acomodaticio, con calificaciones de Zanatta y Torres Ballesteros, que refiere a un movimiento político centrado en la idea idílica de pueblo, por oposición a élite, con un contenido emocional y voluntarista, vinculado a un líder carismático que garantiza satisfacer los anhelos populares. Aunque este fenómeno esté asociado a un momento decadente de la democracia moderna, sus rasgos esenciales pueden ser ubicados en el autoritarismo pretendidamente "*virtuoso*" de los emperadores romanos a partir de Diocleciano y comprobado en los "*panegíricos*" pronunciados por los oradores en las grandes celebraciones en su honor, entre los cuales destaca y examina a Temistio, rétor nacido en el Asia Menor, en año 317 d.C.

La comunicación de Sáez de Capel plantea un antagonismo irreconciliable entre Estado de Derecho y Populismo. Mientras el primero pone límites al poder político para resguardar la libertad de los

individuos, mediante la generalidad de la ley y la igualdad de todos los ciudadanos frente a ella, el populismo encumbra el poder de un individuo sobre todos los demás: el líder. E identifica al líder con el pueblo, hasta el punto que su voluntad sin límites es la del pueblo. Siguiendo a Ernesto Laclau, Sáez de Capel coincide en que el populismo no es un sistema de ideas o ideología organizada, sino un fenómeno provocado por el deterioro del Estado de Derecho, que plantea la división de la sociedad en "*pueblo y antipueblo*", dando lugar o aumentando la corrupción social tanto en el Estado como en la empresa privada. Si rescatamos las instituciones del Estado de Derecho derrotaremos el populismo y la corrupción asociada al mismo, que se desarrollan con la debilidad institucional.

La comunicación del académico Ríos Avalos se extiende en la identificación del Estado de Derecho, como genuino objeto de la defensa frente al populismo y la corrupción, porque todo Estado tiene un orden jurídico inmanente y por ello no debe ser calificado como de Derecho, que es una *forma histórica específica del Estado* caracterizada por satisfacer "las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica". Es decir, por el origen popular del poder, la separación de los órganos y funciones que lo integran, la primacía del parlamento electivo, la regulación de la conducta por normas generales ciertas y preestablecidas, el respeto de las minorías, la alternancia de los gobernantes, los tribunales independientes como garantes de la aplicación imparcial del orden jurídico y sobre todo por el reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos, cuya universalidad los hace conocidos en todo lugar, aunque no rijan efectivamente en todo el mundo.

La comunicación del académico La Moneda Díaz destaca la identificación actual, total y definitiva, entre el Estado de Derecho y el "Estado de los derechos humanos". Plantea que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948) constituye un "*consenso jurídico imperativo internacional*" que limita los ordenamientos jurídicos de todas las naciones, como derecho natural y como derecho positivo, lo que debería autorizar a esa organización para intervenir en la economía de aquellas naciones víctimas del hambre por catástrofes naturales o sociales, y por la acción u omisión de gobiernos desastrosos y desconocedores de los derechos inherentes al ser humano.

La comunicación del académico Martínez López-Muñiz, se extiende también en la descripción precisa del Estado de Derecho, al que identifica con el *Estado Social y Democrático de Derecho*, por tener "como componente esencial los derechos humanos normativamente predeterminados, como fundamento, fin y condicionante de toda su organización y actividad". Plantea que la incomprensión de su naturaleza como superación del Estado liberal puro conduce al populismo y a la corrupción. La defensa del Estado de Derecho no debe limitarse a la preservación de las libertades individuales y políticas, sino que debe propender con dinamismo al desarrollo de la igualdad y la justicia social, con atención especial de los "derechos humanos prestacionales" (económicos y sociales). Así también, la división entre Derecho Público y Derecho Privado no debe obstaculizar la responsabilidad social de los particulares ni su orientación al interés general y no sólo privado.

La comunicación del académico Beneyto Berenguer concentra la defensa de la democracia en el espíritu y moral de los políticos. Es la *virtud de los gobernantes*, como disposición habitual y firme de hacer el bien, lo que asegura el bien común. Con fundamento en la doctrina de la Iglesia y de los pontífices católicos más recientes, postula cuatro virtudes cardinales en los políticos para lograrlo: la templanza, la prudencia, la justicia y la fortaleza. Los políticos deben moderar la ambición de poder y ser equilibrados en su ejercicio, tener vocación de servir y no de dominar; saber distinguir lo importante de lo accesorio y dar prioridad a lo primero; la justicia y el servicio al derecho deben ser el fundamento ético de la gobernanza, "el principio de la mayoría no basta", y sin justicia no hay paz.

La excelente comunicación del académico Magariños Blanco ubica el origen de los problemas de la democracia en su interior, como Rocha y García-Carrasco, porque el populismo y la corrupción se generan "*desde dentro*". Dice Magariños: "En esencia, la democracia es un método, un sistema de limitación y control del poder, tanto en su origen como en su ejercicio". Pero, no obstante que este sistema es connatural a la soberanía popular, existen límites funcionales y estructurales que disminuyen su eficacia y contribuyen a su degeneración. En primer lugar, el Estado requiere para su funcionamiento y logro de sus fines de un entramado institucional neutro, integrado con miembros cualificados

técnicamente y seleccionados sin inmisiones partidarias, requeridos de una moralidad que el sistema político por sí solo no proporciona. En segundo lugar, los límites provienen de la misma estructura: El pueblo es muy heterogéneo en situaciones, opiniones, preferencias e ideologías, lo cual da lugar al pluralismo y a la discrepancia como realidad social y derecho a disentir, y no como valor o fortaleza, el valor es la convergencia democrática; la democracia directa es prácticamente imposible o muy difícil, habiéndose consolidado la delegación de la soberanía en un grupo de personas y su ejercicio a través de la democracia representativa, como sistema para hacer realidad la voluntad popular; se hacen indispensables entonces los partidos políticos como entes intermedios entre el pueblo y los representantes, surgiendo así con frecuencia la inevitable *fragilidad de la democracia*.

En efecto, según Magariños, los partidos se convierten en organizaciones para la toma y conservación del poder, rara vez son la expresión del pueblo, derivando en burocracias impenetrables e instrumentos de cooptación de funcionarios y clientelismo; las ideologías de los partidos, útiles para la movilización de su militancia, son fuente de simplificación y distorsión de los objetivos del Estado; los partidos como medios de acción tienden a desnaturalizar la delegación, a pesar de ser indispensables para el funcionamiento de la democracia; posponen los intereses de los ciudadanos; los representantes son elegidos por fidelidad y subordinación partidarias y no por sus cualidades y aptitudes; sus ideas y planes se hacen incongruentes con su actuación. Además del deterioro de los partidos, se cae en una inmisión, utilización y colonización de las instituciones, con lo cual crece la corrupción de los funcionarios por el relajamiento del control institucional.

En esta insatisfacción e ineficacia del sistema democrático, irrumpen líderes vocingleros que pretenden canalizar el descontento con mensajes de seducción popular que se alejan de la democracia. Se ofrecen como alternativas resueltas al estancamiento, con promesas de honestidad y lealtad al pueblo. Surgen así los nuevos políticos mesiánicos, que aprovechan el descrédito de los políticos tradicionales. Magariños admite como posible remedio la utilización de mecanismos de participación de la población en la toma de decisiones importantes, a través del sufragio, como consultas populares, referendos, iniciativas del

electorado, revocatorias de mandato, así como también, absoluta libertad de prensa, control de entidades no gubernamentales, conciencia ciudadana, etcétera. Siempre que ello no se preste —añadimos nosotros— a la demagogia de líderes inescrupulosos, para dar paso a la mal llamada “*democracia tumultuaria*”, verdadera olocracia, o al autoritarismo, como alternativas indeseables a la degeneración de la representación.

El académico venezolano Acedo Sucre, en su interesante y cruda comunicación se aparta de teorías, analiza con detalle el populismo extremo en Venezuela y resalta aspectos nuevos que permiten comprender los efectos deletéreos del régimen en la actividad empresarial y en el incremento exponencial de la corrupción generalizada. Acedo resalta el papel de los profesionales y empresarios en la defensa de la democracia, como un poder social, al igual que la prensa y la Iglesia Católica local, razón por la cual no es conveniente que un Estado democrático los ataque como lo hace la intervención del gobierno populista — ya declarado como socialista— para debilitar, asfixiar o eliminar su oposición a la arbitrariedad. En especial, se refiere al dictado incesante de “*leyes criminógenas*”, concepto propuesto por el penalista venezolano Tulio Chiossone, “para calificar a aquellos decretos y leyes que por su irracionalidad e imposible cumplimiento, convierten en delincuentes a los ciudadanos correctos”. En lo que toca al tema, son normas cargadas de prejuicios ideológicos y dogmas económicos que criminalizan conductas naturales de los sujetos productores, como el fin de utilidad y la libre competencia, ataque que se ha desbordado con la práctica oficial demencial y voluntarista del control de cambios, del control de precios y de las expropiaciones y confiscaciones masivas.

La comunicación del académico García-Carrasco se enfoca sobre el “*pensamiento confuso*” destinado a manipular los conceptos de Estado de Derecho y democracia, no obstante que “la democracia sin el Estado de Derecho carece de sentido, y el Estado de Derecho sin democracia sería hueco y vacío”, pues son componentes inseparables.

El pensamiento confuso —a nuestro juicio— equivale a lo que otros han llamado la “*neo-lengua del poder*”, que trastorna el significado de las ideas y realidades: la dictadura pasa como democracia, los decretos como leyes, el libertinaje como libertad, la discriminación como igualdad, la venganza como justicia, la raza como patria, la secta

como pueblo, el odio como amor, etcétera. Para él la corrupción del Estado es más importante que la económica. Coincide en que el populismo es la demagogia "que aprovecha la debilidad del sistema democrático para entrar en él y romperlo", sobre todo a través del control de los medios para imponer la hegemonía de su relato antidemocrático. Frente a ese ataque es vital la aplicación rigurosa de la Constitución y la "cultura de los derechos" sembrada en la educación del ciudadano, así como el respaldo de los colegios profesionales, magistraturas, universidades, academias y sobre todo de la "sociedad viva".

La comunicación de los académicos argentinos Richard, Lascano y Cesano, se abstrae del tema del populismo y se concentra en la corrupción económica surgida de las indispensables relaciones entre la Administración Pública y la empresa privada en el mundo occidental, con un notorio *maridaje delictivo de lo público y de lo privado*, que hace poco razonable ver ambos campos con independencia uno de otro. En especial, la comunicación mencionada busca combatir el "capitalismo prebendario" o clientelar surgido de la alianza de funcionarios y empresarios para el "*uso antifuncional*" de las sociedades de comercio en el sector público y en el sector privado, para lo cual se hace necesario perseguir tanto la corrupción pública, que es un ataque al patrimonio público, como a la corrupción privada (espejo de la pública) que es un ataque al orden económico, mediante la aceptación del levantamiento casuístico del velo de la personalidad jurídica y la consagración de la responsabilidad penal independiente y accesoria de las personas jurídicas, allende el principio clásico de personalidad y no traslación de la pena. Igualmente, se debe perseguir la "criminalidad globalizada" o internacional de las empresas, mediante la extensión de la jurisdicción interna con fundamento en el principio de nacionalidad de los infractores y de la ley violada.

A tal fin, se recomienda la adopción de conceptos propuestos en las convenciones internacionales contra la corrupción y creados por la legislación argentina reciente, como la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial, la Ley de Sociedades Comerciales y el Código Civil y Comercial, como son las sanciones específicas para la actividad ilícita de las sociedades, con autonomía de la responsabilidad penal, representadas por las liquidaciones coactivas de empresas, la suspensión de

limitaciones de responsabilidad societaria y separación de patrimonios, la extinción de dominio, la responsabilidad solidaria de administradores y accionistas, la acción contra el controlante de hecho y de derecho, etcétera.

La comunicación del académico Fernández Ajenjo se refiere al fracaso o decadencia de la actividad de control fiscal por efecto del "*populismo cosmético*", el cual pretende cambiar el sistema de control fiscal con la creación interminable de nuevos organismos, hasta caer en una "*hiperinstitucionalización*" ineficiente, sin incidir con fuerza en el mejoramiento real de la actividad. Luego de reseñar la evolución del control fiscal en España y en algunos países latinoamericanos, afirma que éste ha quedado muy rezagado con respecto a los controles administrativos de los sectores tributario, bancario, de seguros, de la competencia, medioambientales, sanitarios, etcétera. La reciente creación de las agencias anticorrupción autónomas, que siguen el modelo europeo de la Oficina de Lucha Antifraude, es poco el avance que han logrado. Aunque los sistemas de prevención de la corrupción y del fraude deben ser prioritarios frente a los sistemas de persecución del delito, no se justifica la actitud de abandono de la actividad sancionadora en esta materia, la cual ha quedado reducida a la jurisdicción penal. En su línea de pensamiento, propone reforzar las funciones de los tradicionales tribunales de cuentas y de las intervenciones generales con la creación de servicios dependientes especiales de investigación del fraude fiscal. Por lo expuesto, recomienda terminar con la hiperinstitucionalización, modernizar los organismos existentes y dotarlos de más recursos, funciones y responsabilidades precisas, así como coordinar la acción de todos ellos para evitar el despilfarro y la "jungla de controles".

La comunicación del académico Fernández de Buján y Fernández nos introduce en el ejercicio de la *actio popularis* para la defensa del interés general en el derecho romano. Nos plantea un paralelismo en la defensa de los intereses colectivos por parte del ciudadano en la antigua Roma y en la civilización contemporánea. En efecto, la *acusación pública* es un tema de vibrante actualidad, que participa en el tema de las acciones de clase, colectivas o por intereses difusos, que legitiman a cualquier ciudadano para acudir ante los órganos jurisdiccionales a

impetrar justicia en cualquier ámbito de interés general, con independencia de las competencias exclusivas del ministerio público. Así como en Roma la legitimación popular fue el resultado de una sana evolución, que se refleja hoy en día en diversas materias del derecho internacional, también en el ámbito nacional actual podría producirse un desarrollo semejante, que favorecería el combate contra la corrupción pública, siempre que la litigación con propósitos privados, partidistas y electorales no desviara el fin regenerador del ejercicio de la "actio popularis".

La comunicación del académico Rodríguez Alonso particulariza el tema de la corrupción, para ubicarlo en el ejercicio ilícito y antiético del abogado en el juicio penal, enfocado sobre la deslealtad en el proceso y frente al cliente, lo cual desarrolla con un análisis de casos jurisprudenciales. A nuestro juicio, como en la posición de Beneyto Benenguer, el planteamiento de Rodríguez Alonso concentra la defensa del Estado de Derecho en *la moral de los abogados*, así como aquél la sitúa en la de los políticos.

El contenido heterogéneo de los aportes intelectuales resumidos, nos permite sugerir unas breves *conclusiones e interrogantes*:

1) Hay coincidencia plena en que el Estado de Derecho es el Estado democrático, que se identifica no sólo con una estructura compleja de limitación del poder, sino con la consagración y protección de los derechos humanos, como fundamento, fin y condicionamiento de su existencia y funcionamiento.

2) El populismo es para muchos un *fenómeno político degenerativo* del Estado de Derecho y de la democracia, que surge "desde dentro" y que funciona como una estrategia demagógica para la toma del poder; para otros, es una *ideología del pueblo*, según concepto retóricamente construido de este último, para enfrentar las instituciones democráticas y élites del poder establecido, identificable con múltiples causas y demandas pero no con una esencia propia. Tal vez, se deba admitir que es una *ideología de transición*, para captar el descontento popular y alimentar un relato histórico y político, que permite a los autoritarismos de toda índole hacer proselitismo y desarrollar un camino expedito al poder hegemónico, sin declarar sus verdaderas metas, ni contribuir con la solución de los problemas reales.

3) Es indudable que la corrupción de la democracia y de los políticos es la causa más relevante del populismo, sin excluir una diversidad de atavismos en sus orígenes; pero, no se debe ignorar la vulnerabilidad objetiva de las instituciones democráticas, las cuales viven de la racionalidad y la transparencia, exigencias muy difíciles de satisfacer en un contexto plural y conflictivo. En la medida que las instituciones públicas y privadas atiendan suficientemente las demandas de toda la población, y ello sea del conocimiento general, no habrá terreno fértil para la subversión populista.

4) ¿La defensa del Estado de Derecho precisa de soluciones jurídicas o políticas? Desde luego que es indispensable que las instituciones jurídicas funcionen cabalmente, conforme a la Constitución y las leyes, sobre todo el parlamento, el poder judicial, los organismos de control y el régimen de la libre empresa, porque el populismo crece en el deterioro de las instituciones; lo cual comprende el incremento de los medios de participación popular en la democracia representativa; pero, es igualmente importante que los gobiernos desarrollen políticas públicas eficientes e inclusivas para todas las clases sociales y que la empresa privada respete el Estado de Derecho y genere responsabilidad social.

5) En su obsesión anticapitalista, las transiciones populistas de progenie marxista atacan y asfixian a la empresa privada, mediante la promoción y dictado de "leyes criminógenas", medidas contrarias al libre flujo de capitales y divisas y múltiples expropiaciones y confiscaciones, al mismo tiempo que auspician la formación de un empresario clienteal leal al gobierno, mediante el estímulo de la corrupción privada. De allí la necesidad de combatir la corrupción pública y privada, que suele ser mixta, con todos los medios jurídicos preventivos y sancionadores.

6) Es indispensable que los defensores del Estado de Derecho y la democracia representativa hagan un gran esfuerzo intelectual y material para desmontar la *hegemonía cultural populista*, concebida por Gramsci, postulada en foros internacionales e instrumentada por la captura progresiva de los medios masivos, para sustituir el relato histórico y político destructivo de las instituciones por otro que impulse con emoción el espíritu superior de la democracia. Los partidos políticos deben

combatir la corrupción interna y abrirse a las justas demandas de la población, sin sectarismos ni exclusiones.

7) Con urgencia, se debe poner atención a los casos de Venezuela y Nicaragua, en los cuales el populismo ha depauperado sus pueblos y destruido sus instituciones democráticas, con el riesgo de perjudicar a otras naciones latinoamericanas. Se recomienda apoyar las iniciativas internacionales destinadas a buscar soluciones humanitarias para esos trágicos casos.

Gabriel Ruan Santos
Coordinador.

Septiembre, 2018.

**POPULISMO, CONTROLES DE CAMBIOS
Y DE PRECIOS, Y NACIONALIZACIÓN
Y ESTATIZACIÓN.
DR. CARLOS ACEDO SUCRE.**

Venezuela es un paradigma del populismo del siglo XXI, pues el chavismo está en el poder desde fines del siglo XX; incide sobre los gobiernos de Nicaragua y Bolivia, e incidió sobre los de Argentina y Ecuador; ha influido en la política de países como España (Partido Podemos); y ha sostenido económicamente el régimen cubano. Hugo Chávez era tan carismático que, antes de fallecer, impuso como sucesor, en la Presidencia de Venezuela, al nada carismático Nicolás Maduro.

El populismo sirve para llegar al poder y luego para conservarlo. La democracia debe defenderse del populismo, que puede debilitarla o destruirla. Los controles y equilibrios de la democracia deben ser fortalecidos para contrarrestar al populismo; pero ciertas políticas económicas, cuya génesis está en la izquierda tradicional, debilitan esos controles y equilibrios.

I) VULNERABILIDAD DE LA DEMOCRACIA FRENTE AL POPULISMO:

El populismo tiene numerosos vicios, que, paradójicamente, son su fortaleza, pues son un factor que debilita los controles y equilibrios de la democracia.

A) Vicios del populismo:

Hay que entender estos vicios, para contrarrestar el populismo. Los vicios del populismo, en el caso de Venezuela, presentan peculiaridades.

a) Características generales:

Los vicios del populismo no son novedosos. El principal es la demagogia, que es un concepto que viene de Grecia Antigua; se trata

de una “*Degeneración de la democracia, consistente en que los políticos, mediante concesiones y halagos a los sentimientos elementales de los ciudadanos, tratan de conseguir o mantener el poder*”.¹

Por ende, otro vicio es la inmoralidad de los dirigentes populistas, prontos a mentir.

El populismo extremista, sobre todo el de izquierda, suele exhibir otros vicios, que estaban presentes en los sistemas totalitarios del siglo pasado. El fascismo, incluyendo el nazismo, tiene su inspiración en ideas socialistas, que privilegian lo colectivo sobre lo individual y le otorgan al Estado un rol en el manejo económico. No es casualidad que el nazismo se llamara Nacional-Socialismo, ni que Mussolini haya afirmado que el fascismo “*no es antitético, sino más bien convergente con el programa socialista*”.² El historiador Norman Davies estima que hay muchos puntos en común entre el fascismo, incluyendo el nazismo, y el comunismo, que resumimos así: (i) ideología con elementos nacionalistas y socialistas; (ii) fines utópicos, adoctrinamiento; (iii) pretendido basamento científico; (iv) sujeción del Estado al partido de gobierno; (v) obediencia sin discusión, culto a la personalidad; (vi) gansterismo; (vii) crecimiento de la burocracia; (viii) propaganda moderna, mentirosa y masiva; (ix) promoción de arte oficial; (x) auto-justificación basada en la existencia de enemigos; (xi) siembra de odio; (xii) censura, información oficial falsa; (xiii) genocidio, coerción; (xiv) colectivismo, uniformización; (xv) militarismo; (xvi) afirmación de valores supuestamente universales; (xvii) desprecio hacia la democracia representativa; y (xviii) el fin justifica los medios.³

La demagogia, más la inmoralidad, más los dieciocho puntos enumerados, suman veinte vicios del populismo extremo. Estos veinte vicios forman parte del pensamiento y manera de ser de los líderes populistas radicales.

Esos veinte vicios han estado presentes en los líderes chavistas. El resultado es que el régimen chavista es una organización delictiva. De hecho, el Informe del año 2017 sobre la Situación de Derechos Humanos en Venezuela, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos

¹ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

² Cita frecuente de Mussolini, atribuida al Diario della Volontà del 19 de agosto de 1921.

³ Davies, Norman: Europe, A History, Londres, 1997, páginas 945 a 948.

Humanos, trata detalladamente el “*Uso abusivo de la fuerza*” por el gobierno en las protestas sociales, que ha resultado en numerosos muertos y heridos; y las “*Detenciones arbitrarias, actos de tortura y violencia sexual en el marco de protestas sociales*”.⁴ Esto fue corroborado el 29 de mayo de 2018 por el Informe de la Secretaría General de la OEA sobre la Posible Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad en Venezuela.⁵ Además, hay presos políticos,⁶ los partidos de oposición más relevantes fueron ilegalizados;⁷ sus líderes principales están presos,⁸ exiliados,⁹ o inhabilitados;¹⁰ y varios candidatos electos fueron privados de su cargo,¹¹ o de sus atribuciones.¹²

b) Particularidades de Venezuela:

Varios vicios del populismo extremo muestran peculiaridades en Venezuela: (i) Pretendido basamento científico: Reescritura de la historia para justificar teorías chavistas. (ii) Gansterismo: Alianza del gobierno con las mafias de las drogas, los secuestros, el contrabando y el tráfico con sobreprecio de bienes escasos de consumo masivo. Promoción de grupos paramilitares para reprimir protestas; invadir industrias, comercios y viviendas; y asesinar, herir e intimidar disidentes.¹³

⁴ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

⁵ Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>

⁶ Son como una puerta giratoria, pues el gobierno libera a unos presos políticos y encarcela a otros.

⁷ Principalmente, Primero Justicia y Voluntad Popular.

⁸ Principalmente, Leopoldo López, fundador de Voluntad Popular y uno de los líderes más importantes de la oposición, en prisión varios años y actualmente detenido en su casa de habitación.

⁹ Principalmente, Julio Borges, de Primero Justicia, hasta hace poco presidente de la Asamblea Nacional, quien huyó al exterior; y Freddy Guevara, hasta hace poco vicepresidente de la Asamblea Nacional, quien se refugió en la Embajada de Chile en Venezuela.

¹⁰ Principalmente, Henrique Capriles, dos veces candidato presidencial apoyado por toda la oposición.

¹¹ Principalmente, la Diputada María Corina Machado y el Gobernador Juan P. Guanipa del Estado Zulia.

¹² Principalmente, todos los diputados de la Asamblea Nacional (cuyas atribuciones fueron disminuidas por el Tribunal Supremo de Justicia y usurpadas por la Asamblea Nacional Constituyente), y el Alcalde Antonio Ledezma de Caracas (privado de funciones, luego detenido y finalmente escapado al exterior).

¹³ Los mal llamados “*colectivos*” son tratados en el citado Informe de la Secretaría General de la OEA sobre la Posible Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad en Venezuela.

(iii) Promoción de arte oficial: Estética chavista de escaso valor artístico.¹⁴ (iv) Genocidio y coerción: Asesinatos y agresiones con fin político, imputación a opositores de crímenes inventados, campañas de descrédito contra sectores sociales y arrestos de manifestantes y disidentes. Listas de individuos que votan contra el gobierno, a los que amenaza por los medios, niega beneficios sociales, prohíbe entrar a ciertas oficinas y cierra el acceso a cargos.¹⁵ Presión a empleados y dependientes del gobierno para que lo apoyen.¹⁶ (v) Colectivismo y uniformización: Rechazo del individualismo por los dignatarios chavistas, al punto que no reconocen a quien piense distinto, organizan eventos frecuentes donde repiten las mismas consignas y suelen vestirse igual, con camisas, chaquetas o corbatas rojas. Imposición de uniforme rojo por numerosos entes públicos. Uso de camisa roja por muchos seguidores del chavismo. (vi) Militarismo: Ascensión de los militares, incluso activos, al poder (Chávez –el “Comandante-Presidente”– era militar, así como buena parte de sus colaboradores y los de Maduro); frecuentes desfiles y otros actos militares, televisados y glorificados; compra sin control de armas; uso de las fuerzas armadas para reprimir las protestas; y burocracia militar enorme, omnipresente, ineficiente, intolerante y corrupta. (vii) Desprecio hacia la democracia representativa: Deseo de aprovechar el prestigio de la democracia, a pesar de despreciarla. (a) Los comunistas –en un giro orwelliano– acuñaron, a mediados del siglo pasado, la expresión “*democracia popular*”, para bendecir sus autocracias con una palabra reputada, vaciándola de contenido. Luego, los populistas impusieron las expresiones “*democracia participativa*” y “*democracia protagónica*”, igualmente vacías, que el chavismo llevó a la Constitución del año 1999.¹⁷ (b) Esta Constitución debilitó la democracia

¹⁴ Paredes exteriores pintarrajeadas con fin de propaganda y feos monumentos a los héroes del chavismo.

¹⁵ Por ejemplo, la Lista Tascón. Véase Una Década de Chávez, por Human Rights Watch, disponible en: <https://www.hrw.org/es/report/2008/09/18/una-decada-de-chavez/intolerancia-politica-y-oportunidades-perdidas-para-el>

¹⁶ Por ejemplo, en una reunión de trabajadores de la compañía petrolera estatal, PDVSA, su entonces presidente, Rafael Ramírez, dijo que ésta es “*roja, rojita*”, exigiendo adhesión al chavismo. Eso ha sido repetido por Chávez y sus seguidores, refiriéndose a los empleados de todo el sector público. Esto fue tratado por Human Rights Watch, en su citado informe Una Década de Chávez.

¹⁷ La exposición de motivos de la Constitución dice que uno de sus objetivos es el “*tránsito de la democracia representativa a una democracia participativa y protagónica*”.

venezolana.¹⁸ (c) Desde 1999, ha habido elecciones frecuentes, pero el sistema electoral carece de credibilidad.¹⁹

Otra particularidad de Venezuela es que Maduro y muchos otros dirigentes chavistas tienen un nivel educativo muy bajo, y no entienden ni saben resolver los problemas; a lo que se añade una corrupción extrema,²⁰ que equivale a un saqueo. En todo esto, el parámetro de comparación no son los regímenes mussoliniano, hitleriano o estaliniano, sino la invasión de los bárbaros al Imperio Romano, con la consiguiente destrucción institucional, social, económica y de los servicios públicos e infraestructura.

B) Debilitamiento de los controles y equilibrios de la democracia liberal como consecuencia de políticas económicas:

El populismo, con sus enfoques simplistas, apela a los sentimientos, y suele ser impulsado por líderes carismáticos. El carisma de estos líderes genera apoyo para medidas económicas que vulneran los controles y equilibrios de la democracia. Las democracias representativas exhiben una fragilidad frente al populismo, la cual puede agravarse, con este tipo de medidas económicas.

a) Vulnerabilidad de la democracia frente al populismo, y posibles antídotos:

Puede suceder que la democracia, al cabo de cierto tiempo, no entusiasme, no apasione. A muchas personas las pueden motivar, más bien, el carisma y las promesas falsas de los líderes populistas,

¹⁸ El 10 de mayo de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que la Constitución del año 1999 suprimió ciertas disposiciones constitucionales que son importantes para el estado de derecho e incluyó varios elementos que afectan la observancia efectiva del estado de derecho, con el resultado de que los mecanismos constitucionales no establecen, en situaciones importantes, los controles y equilibrios necesarios para limitar el ejercicio de la autoridad pública y para garantizar los derechos humanos.

¹⁹ Véase el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 3 de marzo de 2018: http://www.acienpol.org.ve/cmaciempol/Resources/Pronunciamentos/ACPS_Dictamen%20independencia%20e%20imparcialidad%20CNE_garant%C3%ADas%20electorales.pdf

²⁰ Venezuela ocupa el lugar número 169 en el Índice de Percepción de la Corrupción 2017 de Transparencia Internacional, disponible en: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/tabla_sintetica_ipc-2017.pdf

particularmente en momentos de dificultades económicas. La falta de entusiasmo que muchas veces provocan los gobernantes democráticos y el espejismo creado por los populistas hacen que las democracias sean vulnerables.

Bernard Shaw, en las notas a su César y Cleopatra,²¹ afirmó, hace 120 años,²² que “*claramente existe campo para grandes cambios en el mundo mediante el incremento del porcentaje de individuos que son educados cuidadosamente y criados con gentileza, hasta finalmente sacarle el máximo provecho a todo hombre y mujer que haya nacido. Pero esta posibilidad existía en la época de los hititas,²³ tanto como existe hoy*”. En nuestra época, formar a los niños y jóvenes cuidadosamente y con gentileza debe abarcar sembrarles valores democráticos y suministrarles información sobre cómo funciona la economía. Ésta es la mejor defensa contra el populismo, pero no basta. Es necesario, además, que existan instituciones sólidas y fuerzas sociales no institucionales igualmente sólidas, para que las unas y las otras sirvan de cortapisa a las ambiciones de caudillos,²⁴ que dicen mentiras que mucha gente quiere oír y está dispuesta a creer.

La democracia tiene un basamento institucional en la separación de poderes, el estado de derecho, el respeto a los derechos humanos, la protección de las minorías y la alternabilidad a través de elecciones. Pero, para que una democracia sea verdaderamente fuerte, dicho basamento institucional debe estar apuntalado por una clase profesional y empresarial próspera, con movilidad social y oportunidades para todos. La clase profesional y empresarial, en la medida en que sea próspera, puede constituir un impedimento al surgimiento del populismo. No es que la élite económica tenga la capacidad, por sí sola, de evitar que el populismo se imponga, sino que es un obstáculo más para su instauración, pues es un poder adicional al ejecutivo, legislativo o judicial, aunque no institucional. La bonanza de la élite económica, como factor

²¹ Shaw, George Bernard: *Collected Plays with their Prefaces*, tomo II, Londres, 1971, página 296.

²² Bernard Shaw concluyó su César y Cleopatra el 9 de diciembre de 1898 (Shaw: obra citada, página 159), o sea, antes del surgimiento de Lenin, Mussolini y Hitler.

²³ Los hititas son una civilización del Medio Oriente de aproximadamente un milenio y medio antes de Cristo, cuando los griegos ni siquiera habían irrumpido en la historia.

²⁴ Hay similitud entre el populismo del siglo XXI y el caudillismo de los siglos XIX y XX.

estabilizador, juega un papel similar al de la prensa libre y las iglesias tradicionales. Los profesionales y el empresariado son una fuerza social no institucional, que no conviene debilitar con una intervención estatal que suele afectar adversamente el buen desempeño económico y la prosperidad general. Los gobernantes deben concentrarse en lo fundamental, que es, en nuestro criterio, (i) el estado de derecho; (ii) el buen funcionamiento de la policía, los tribunales y las cárceles; (iii) el respeto a los derechos humanos y la protección de las minorías; (iv) un sistema que garantice elecciones periódicas y limpias, sin ventajismo; (v) la educación, la salud y la seguridad social, de calidad y al alcance de todos; (vi) la protección del patrimonio cultural y ambiental; (vii) mecanismos para prevenir distorsiones en el mercado (como los monopolios, la competencia desleal y los abusos contra los consumidores), los cuales implican una regulación y supervisión estatal racional y suficiente, no castrante; y (viii) mecanismos para corregir tales distorsiones en el mercado, los cuales deben ser provisionales y no pueden estar dirigidos a convertir al Estado en un súper-empresario. Los gobernantes que se concentran en lo fundamental, dejando que la población trabaje tranquila y libremente, generan bienestar, promocionando una élite económica fuerte, que puede ayudar a contrarrestar el populismo, dificultando su instauración. En caso de que un líder populista tome el poder, esa élite económica fuerte puede debilitarlo, apoyando a la oposición democrática.

b) Políticas económicas favorecedoras del declive y supresión de la democracia:

El caso de Venezuela es emblemático. En los cuarenta años de democracia previos al populismo chavista, llegó a haber control de cambios, control de precios y nacionalizaciones. Dichos controles de cambios y precios fueron un fracaso; pero, como fueron promovidos provisionalmente por los partidos del estatus y sus efectos negativos fueron atenuados por la riqueza petrolera, el pueblo no entendió que estos controles económicos son nefastos. Dichas nacionalizaciones fueron, en cambio, exitosas, por lo menos la de la industria del petróleo, durante la primera presidencia de Carlos Andrés Pérez; con la consecuencia de que estas tomas de propiedades fueron bien vistas por el pueblo, y el Estado

pasó a ser el principal factor económico de Venezuela. Los controles de cambios y precios y las nacionalizaciones de los cuarenta años de democracia acarrearón el debilitamiento de las élites económicas de Venezuela, que no tuvieron fortaleza para enfrentar el populismo chavista, como un contrapeso adicional a los institucionales y a los de la prensa y la Iglesia Católica.²⁵ También acarrearón la receptividad del pueblo a nuevos controles de cambios y precios, y a nuevas nacionalizaciones y estatizaciones.

Durante los gobiernos de Chávez y Maduro, los controles de cambios y precios pasaron a ser permanentes y totalmente irracionales. Además, las nacionalizaciones y estatizaciones devinieron numerosas, casi siempre sin justificación, procedimiento ni indemnización. Todo esto abatió la ya débil élite económica venezolana. A esto se añade que la corrupción y las distorsiones en la economía crearon una nueva clase de supuestos empresarios con enormes fortunas, interesados en que el régimen se mantenga, para tener impunidad. Todo esto ha ayudado a que el chavismo permanezca en el poder, desde hace dos décadas. Estos controles económicos y tomas de propiedades no han arrojado ningún resultado positivo, sino devaluaciones y mega-devaluaciones; inflación e hiperinflación; destrucción del aparato productivo; carestía grave de alimentos, medicinas y otros bienes; y sucesivas reconversiones monetarias, hasta quitarle ocho ceros a la moneda.

Casi todas las normas venezolanas sobre controles de cambios y precios son, además de irracionales, imposibles de cumplir. Fernando M. Fernández popularizó en Venezuela las palabras “*corruptentes*” o “*criminógenos*”, para calificar a las leyes o decretos que, por su irracionalidad e imposible cumplimiento, convierten en delincuentes a los ciudadanos correctos.²⁶ Refiriéndose a un libro de éste –Estado Dual o Anómico: Efectos Corruptentes–, Gabriel Ruan Santos, presidente de

²⁵ Hay que reconocer que el carisma de Chávez, y su afirmación de que no era socialista ni comunista, sino católico, engañaron a varios dueños de medios de comunicación, empresarios, intelectuales y sacerdotes, que ayudaron a Chávez a conquistar el poder y fueron sus aliados por un tiempo.

²⁶ Véanse por ejemplo las siguientes publicaciones de profesionales de la comunicación: <http://www.cesarmiguelrondon.com/opinion/el-espacio-de-mis-amigos/mafias-billetes-fernando-m-fernandez/> - http://www.el-nacional.com/noticias/sucesos/falta-control-leyes-incitan-delito-financiero_205452

la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, expresó que *“Particular interés suscita el tema de los “efectos corruptivos” del Estado Dual, a través de los llamados “decretos criminógenos”. A este respecto, cita Fernández al maestro penalista venezolano Tulio Chiossone, quien se refería a las “leyes criminógenas”, porque lejos de promover su cumplimiento provocaban su incumplimiento o eran la causa de la comisión de delitos. Según Fernández, “son leyes cuya estructura es errónea, confusa o absurda, porque prohíben conductas que no deberían ser castigadas penalmente... suelen estar cargadas de ideología política o de prejuicios y dogmas económicos que no resultan ser soluciones prácticas para la sociedad ni para la economía”.* A nuestro juicio, buen ejemplo de las leyes criminógenas, cuyo difícil cumplimiento conduce a la ilegalidad a los destinatarios de las normas es el régimen de control de cambios y en especial, la Ley de Ilícitos Cambiarios, que establece el monopolio estatal del comercio de divisas, sin que el Estado provea a los importadores de las que necesitan, obligándolos a recurrir al mercado paralelo ilegal y a hacerse blanco de sanciones desproporcionadas”.²⁷ Este texto está referido al control de cambios, pero vale para el control de precios, que impone vender a pérdida.

Cuando Chávez instauró el control de cambios en el 2003, dejó claro su fin político, no económico, amenazando a empresarios adversos con no otorgarles divisas.²⁸ Lo mismo puede decirse sobre el control de precios.

II) MEDIDAS ECONÓMICAS IMPLEMENTADAS EN VENEZUELA:

La imposición de políticas económicas equivocadas en Venezuela allanó el camino para que el chavismo conquistara y después se

²⁷ Ruan Santos, Gabriel: Palabras de Apertura de la Presentación de los Libros de Fernando M. Fernández, disponible en: [http://acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Noticias/Palabras%20de%20apertura%20F.M.Fern%C3%A1ndez.%20\(0326340xC4456\).pdf](http://acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Noticias/Palabras%20de%20apertura%20F.M.Fern%C3%A1ndez.%20(0326340xC4456).pdf)

²⁸ Por ejemplo, el 23 de enero de 2003, el Ministro de Producción y Comercio declaró que los empresarios golpistas ya no iba na poder comprar dólares; y, el 4 de febrero siguiente, Chávez ratificó que el control de cambios era para fines políticos, señalando que les iba a cerrar la puerta a los empresarios golpistas, a quienes no les iba a dar ni un dólar (para él, casi todos los empresarios eran golpistas).

perpetuara en el poder. El empobrecimiento, envilecimiento, sumisión o exilio de gran parte de los empresarios y profesionales dificulta que Venezuela recupere su democracia; y es el resultado de la delincuencia común desbocada, de la arbitrariedad, de los controles de cambios y precios, y de las nacionalizaciones y estatizaciones.

A) Los controles de cambios y precios del régimen chavista:

Los controles de cambios y precios, que en la Venezuela chavista tienen carácter prácticamente permanente, son muy destructivos, pues perjudican toda actividad económica, generan corrupción y su regulación está contenida en normas criminógenas.

a) El control de cambios:

El actual control de cambios data del año 2003. Las sucesivas leyes de ilícitos cambiarios, la última de ellas denominada Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, han tenido normas totalmente absurdas, tales como las siguientes: (i) El artículo 22 de esta última ley, cuyo título es *“Uso de tipo de cambio no oficial para establecer precios”*, sancionaba con prisión y multa a *“Quienes promocionen, comercialicen o determinen los precios de bienes y servicios utilizando como referencia un tipo de cambio distinto a los permitidos por la normativa cambiaria o al fijado para la operación cambiaria correspondiente por la administración cambiaria”*. Esto era un contrasentido, pues el sector privado tenía que acudir al llamado mercado paralelo de divisas para atender sus importaciones, ya que la administración cambiaria no le daba acceso a moneda extranjera. (ii) El artículo 24 de la misma ley usaba las palabras *“falsa o fraudulenta”* con respecto a cualquier *“tipo de cambio aplicable a las divisas”* que *“contraríe o distorsione”* el *“tipo de cambio fijado por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela”*. Según este artículo, *“Se entenderá que una información referida al tipo de cambio... es falsa o fraudulenta cuando contraríe o distorsione los valores aplicables al tipo de cambio fijado por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela”*. Este artículo, cuyo título era *“Difusión de información falsa sobre el tipo de cambio”*, castigaba con prisión la difusión de *“información falsa o fraudulenta referida al tipo de cambio”*, por

“*comunicación de cualquier tipo*”. De manera que la ley incurría en el extremo de criminalizar el suministro de información sobre el mercado paralelo de divisas. (iii) El artículo 39 de dicha ley, titulado “*Obtención de divisas violando las normas*”, penalizaba con multa a “*Quienes hubiesen obtenido divisas mediante la violación de la normativa cambiaria que regula el régimen de administración de divisas*”. Además, éstos debían realizar el “*reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela*”.

Algunas de las leyes de ilícitos cambiarios que precedieron a la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos llevaron la irracionalidad al punto de castigar con prisión las operaciones del mercado paralelo de divisas.²⁹

Los artículos 22, 24 y 39 de la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, antes citados, coexistieron con el artículo 138 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que sancionaba con multa a quienes realizaran “*operaciones de negociación y comercio de divisas en el país*” en violación de las normas del Banco Central de Venezuela.

Ahora bien, el 2 de agosto de 2018, todas las disposiciones mencionadas fueron derogadas por la Asamblea Nacional Constituyente, a través del Decreto Constituyente mediante el cual se establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos. No obstante, el Decreto Constituyente es nulo, porque la Asamblea Nacional Constituyente fue establecida en violación de los requisitos constitucionales,³⁰ y, en todo caso, no está facultada para derogar leyes.³¹ Sin embargo, para el régimen chavista los artículos citados fueron derogados, pues considera que la Asamblea Nacional Constituyente es “*soberana y*

²⁹ Por ejemplo, la Ley contra los Ilícitos Cambiarios que estuvo vigente hasta 2014, en el segundo párrafo de su artículo 9, castigaba con multa a la persona que, “*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*”, si el monto excedía US\$ 10.000 al año. Según el tercer párrafo de dicho artículo, si el monto excedía de US\$ 20.000 por año, la persona era penada con prisión.

³⁰ Véase el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 20 de junio de 2017: [http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20sobre%20Bases%20Comiciales%20de%20la%20ANC.%20\(.pdf](http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20sobre%20Bases%20Comiciales%20de%20la%20ANC.%20(.pdf)

³¹ Véase el pronunciamiento de las Academias Nacionales del 15 de agosto de 2017: <http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/2017-08-15%20Pronunciamiento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf>

y plenipotenciaria”.³² La Asamblea Nacional Constituyente, mediante el Decreto Constituyente, también derogó cualquier otra disposición que colida con éste.

Existen argumentos muy sólidos para sostener que esta derogatoria abarca los artículos 28 y 30 del Convenio Cambiario N° 39 entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, que establecían un tipo de cambio único, a saber: la Tasa Complementaria Flotante de Mercado, DICOM.³³ En efecto, esta tasa única es incompatible con los considerandos y los artículos de dicho Decreto Constituyente.³⁴ Sin

³² Por ejemplo, Acuerdo Constituyente publicado en la Gaceta Oficial N° 41.454 del 6 de agosto de 2018.

³³ Artículo 11 del Convenio Cambiario N° 39: “El listado de las personas naturales y jurídicas; así como las cantidades adjudicadas de monedas extranjeras, será publicado en la página web del Banco Central de Venezuela, así como en la página www.dicom.gob.ve, del Sistema de Tipo de Cambio Complementario Flotante de Mercado (DICOM), correspondiente a cada subasta realizada. El tipo de cambio vigente será el de la última subasta.” Artículo 28 del Convenio Cambiario N° 39: “El tipo de cambio de referencia previsto en el artículo 11 del presente Convenio Cambiario, aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado. / Asimismo, las operaciones de venta de monedas extranjeras al Banco Central de Venezuela por parte de los sujetos indicados en este artículo se efectuarán al tipo de cambio dispuesto en el artículo 11 del presente Convenio Cambiario, reducido en cero coma veinticinco por ciento (0,25%).” Artículo 30 del Convenio Cambiario N° 39: “Todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras no previstas expresamente en el presente Convenio Cambiario, se tramitarán a través de los mercados alternativos regulados en la normativa cambiaria, al tipo de cambio complementario flotante de mercado.”

³⁴ Los artículos 28 y 30 el Convenio Cambiario N° 39 imponen una tasa de cambio única para todas las operaciones cambiarias que realicen los particulares, tanto las que estén regidas por éste, como las que no estén regidas por éste. Esa imposición es totalmente incompatible con los postulados predicados por la Asamblea Nacional Constituyente, en cuanto a (i) la necesidad de “que los particulares puedan realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito, sin más limitaciones que las establecidas por la ley” (primer considerando del Decreto Constituyente); (ii) “las garantías para que los particulares, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, puedan participar más activamente en emprendimientos socio económicos, inversiones, actividades productivas y de desarrollo social, y con el firme propósito de brindar las máximas seguridades para la inversión extranjera productiva” (segundo considerando del Decreto Constituyente); (iii) el “objeto” de “establecer la derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos..., con el propósito de otorgar a los particulares, tanto personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, las más amplias garantías para el desempeño de su mejor participación en el modelo de desarrollo socio-económico productivo del país” (artículo 1 del Decreto Constituyente); y (iv) la eliminación, respecto del artículo 138 de la Ley del Banco Central de Venezuela, del “ilícito referido a la actividad de negociación y comercio de divisas en el país” (artículo 2 del Decreto Constituyente).

embargo, las autoridades han seguido declarando que existe un tipo de cambio único y que hay que acabar con el mercado paralelo de divisas. Esto es imposible, pues este mercado es el único mecanismo por el cual personas ajenas al régimen pueden adquirir divisas.³⁵

También existen argumentos muy sólidos para sostener que esta derogatoria abarca el artículo 62 de la Ley Orgánica de Precios Justos. Este artículo, titulado “*Alteración fraudulenta de precios*”, castigaba con prisión a “*Quien de manera directa o indirecta, con engaño y fines de lucro, aplicare o informare, por cualquier medio, un tipo de cambio distinto al fijado por el Ejecutivo Nacional para la estimación de precios de bienes o servicios, en el territorio nacional*”. Pensamos que fue abrogado, pues este artículo penaliza una conducta similar a la sancionada en el artículo 22 de la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, el cual, como vimos, fue derogado expresamente. Sin embargo, parece que esto tampoco lo ha entendido el gobierno.

b) El control de precios:

Un control de precios con hiperinflación es insostenible. Sin embargo, existe.

La Ley Orgánica de Precios Justos controla, además de los precios, las ganancias. Su artículo 31 dispone que “*Ningún margen de ganancia superará el treinta por ciento (30%) de la estructura de costos del bien producido o el servicio prestado*”, pero el margen puede ser menor, por decisión de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos. Los proveedores de bienes y servicios pueden documentar sus gastos y costos mediante las facturas correspondientes. Ahora bien, la Superintendencia puede revisar esas facturas, considerar que existe un sobreprecio y concluir que se obtuvo una ganancia mayor que la permitida.

El artículo 49 de esta ley castiga con prisión a “*Quien compre o enajene bienes, productos o preste servicios, con fines de lucro a precios o márgenes de ganancia o de intermediación superiores a los establecidos por la Superintendencia*”.

³⁵ Después de concluido este trabajo, un nuevo convenio cambiario, publicado el 7 de septiembre de 2018, derogó los anteriores, y pretendió establecer, sin base en ninguna ley, una tasa de cambio única.

De hecho, hay muchos comerciantes detenidos y comercios intervenidos.³⁶

B) Las nacionalizaciones y estatizaciones del régimen chavista:

Las numerosas nacionalizaciones y estatizaciones tienen como resultado convertir empresas productivas en cementerios, generar escasez, deteriorar servicios públicos, crear enormes pérdidas y destruir la empresa privada. Las transferencias de propiedades al sector público han sido muy variadas; pero el común denominador es que casi siempre son sin justificación, procedimiento ni indemnización.

a) Tipos de nacionalización y estatización:

Las transferencias de propiedades al sector público han sido nacionalizaciones, referidas a activos de extranjeros; o estatizaciones, referidas a activos de venezolanos. Las nacionalizaciones y estatizaciones son expropiaciones, usualmente violatorias de la Constitución y la ley; o compras forzadas, en las que el vendedor del sector privado es presionado para vender bienes al sector público, usualmente a un precio bajo.³⁷ Las nacionalizaciones y estatizaciones han tenido diversas motivaciones: razones ideológicas (ejemplo: industria cementera), venganza o capricho (ejemplo: Centro Comercial Sambil La Candelaria), o deseo de mantener vivas compañías inviables en virtud de medidas económicas del gobierno (ejemplo: Kellogg's). Los bienes nacionalizados o estatizados son acciones de compañías, o directamente activos de compañías.

b) Irrespeto de los fines de la expropiación y ausencia de procedimiento e indemnización:

Según el artículo 115 de la Constitución, “*Se garantiza el derecho de propiedad*”, y, “*Sólo por causa de utilidad pública o interés social,*

³⁶ El Fiscal General de la República declaró, según los diarios El Universal, Tal Cual y La Patilla del 29 y 30 de agosto de 2018, que en los últimos días 131 comerciantes han sido detenidos, de los cuales 92 siguen presos, 29 tienen medidas cautelares y 10 fueron liberados.

³⁷ Chávez llamó estas ventas forzadas “*Método Chaz*”, aludiendo a una operación con los Azpúrua.

mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes". Esto tiene tres corolarios: (i) Como la expropiación debe ser "*por causa de utilidad pública o interés social*", no procede expropiar acciones ni activos de una compañía, usados con un fin, para continuar con la misma actividad (la utilidad pública e interés social ya están siendo atendidos por el sector privado). Sin embargo, esto suele ser violado, al punto de que hay expropiaciones para incrementar el porcentaje del sector público en inversiones conjuntas con el sector privado.³⁸ Además, por ley se declaró que todos los bienes y servicios son de utilidad pública o interés social, desvirtuando dicho artículo y permitiendo expropiar cualquier cosa.³⁹ (ii) Como la expropiación tiene que ser "*mediante sentencia firme*", debe haber un procedimiento judicial; pero muchas expropiaciones se hacen por vías de hecho. Hay que cumplir ciertos requisitos, en dicho procedimiento, para que el ente expropiante tome el control del bien expropiado, los cuales raramente se cumplen. (iii) Como la expropiación tiene que ser mediante "*pago oportuno de justa indemnización*", el ente expropiante debe pagar el precio del bien expropiado, fijado de mutuo acuerdo o en el procedimiento, lo que raramente sucede.

En consecuencia, lo que el chavismo llama expropiación es confiscación, contraria al artículo 116 de la Constitución, que sólo permite confiscar, "*los bienes de personas... responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.*"

³⁸ Por ejemplo, expropiaciones de las participaciones de ConocoPhillips y Exxon en las inversiones conjuntas con PDVSA en dos proyectos petroleros (extra-pesado) de la faja petrolífera del Orinoco.

³⁹ El artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos declara "*de utilidad pública e interés social, todos los bienes y servicios requeridos para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios.*"

CONCLUSIÓN

La defensa del estado de derecho contra el populismo impone (i) mejorar el sistema educativo, inculcando valores democráticos y enseñando cómo funciona la economía; y (ii) dejar que las élites económicas inviertan, emprendan y trabajen, sin debilitarlas con controles de cambios y precios, ni con nacionalizaciones y estatizaciones, los cuales generan pobreza y corrupción, eliminando un contrapeso a las ambiciones populistas.

LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ DE LOS TRIBUTOS POR EL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI*.

SUMARIO

Introducción. 1. Relación entre los derechos humanos y la tributación. 2. Los derechos humanos como condición de posibilidad del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica. 3. La técnica normativa de las inmunidades tributarias. A. Concepto. B. Ventajas prácticas. C. El derecho al mínimo vital. D. El deber de tratos coherentes. 4. Sobre los riesgos de banalización del discurso sobre derechos humanos en la tributación. Conclusiones. Bibliografía.

* Abogado *summa cum laude* por la Universidad Católica Andrés Bello (1985), Magister en Leyes Harvard Law School (1986), Doctor en Derecho por la Universidad Central de Venezuela (2003), Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Financiero en la Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho de la Contabilidad en el Postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello y en los cursos del Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta comunicación consiste en resaltar la incidencia de los derechos humanos como condición de posibilidad del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica efectiva y como parámetro de validez de la tributación en el Estado Constitucional.

Poco ha discurrido la doctrina nacional y la foránea acerca de los vínculos consustanciales entre los derechos humanos y la tributación. En la mayor parte de esos escasos debates¹, la revisión se centra en el necesario respeto de los derechos humanos que debe informar y ordenar la actividad fiscalizadora de la Administración Tributaria, refiriéndose, en consecuencia, a la traslación de las garantías del debido proceso (*due process of law*) a los procedimientos tributarios, donde por lógica constitucionalizante se pueden invocar derechos como el de tutela judicial efectiva, a la defensa, a la prueba libre o a la presunción de inocencia, entre otros. Sin embargo, poco se ha escrito acerca de la atención debida a la preservación de los derechos humanos en el diseño y aplicación de las normas constitutivas de la obligación tributaria, imbricadas en el derecho tributario *material* o *sustantivo*.

La tributación puede convertirse en un acicate para el disfrute de los derechos humanos, pero también en un obstáculo para su efectiva vigencia. De modo que no es justificable una obligación tributaria que menoscabe, directa o indirectamente, el goce efectivo de los derechos humanos.

¹ Vid. *Anais das XX Jornadas do ILADT*. Año 2000, Tema 1, “**Derechos Humanos y Tributación**”, Salvador, Bahia 2000; ENGLISH, Joachim, “**The impact of human rights on domestic substantive taxation-the German experience**”, en *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Amsterdam 2011, p. 285.

La falta de un análisis riguroso por parte de los jueces y la escasa atención que le ha dado la dogmática jurídica a los efectos de esas externalidades atenta contra la posibilidad de tomarse estos **“derechos en serio”**, en los términos de Dworkin. Esto ha llevado en algunos casos a los jueces de última instancia a desestimar su control de constitucionalidad, alegando que el legislador es libre para diseñar el tributo en la forma que lo estime prudente o a soslayar estos derechos so pretexto de un supuesto interés general o colectivo, o como también ha ocurrido, apropiándose retóricamente del prestigio de estos derechos para justificar algún despropósito respecto de la tributación.

Sin embargo, el Estado Social de Derecho no solo garantiza la protección de los derechos de libertad, sino que promueve los derechos sociales y humanos. Ese *plus* en el goce de los derechos implica que el poder tributario del Estado está sometido a las restricciones clásicas formales (legalidad, seguridad jurídica) y materiales (capacidad económica, progresividad, proporcionalidad y no discriminación), pero también a restricciones para proteger y promover esas posiciones jurídicas especiales asociadas al goce efectivo del derecho a la dignidad humana².

² Del mismo modo se afirma que, la **“dignidad humana”** es el valor superior y fundante entre los derechos humanos (Cfr. KATEB, George, *Human dignity*, Harvard University Press, Cambridge 2011, p. 1). Así lo consagran la Carta Europea de Derechos Humanos (Artículo 1. **“La dignidad humana es inviolable. Debe ser respetada y protegida”**). STARCK, citando a NIPPERDEY, afirma que la **“dignidad humana”** constituye **“...[la] raíz y la fuente de todos los derechos fundamentales formulados posteriormente y así mismo derecho fundamental principal”**.

“Asegurar al hombre que su relación con el Estado o en su relación con los demás no va a ser reducido a un mero objeto, que no va a quedar a la absoluta disposición de los otros hombres, como un simple número de la colectividad, como una simple pieza de un engranaje y que se va a comprender realmente toda su existencia moral-espiritual propia e, incluso, su existencia física. En suma, el tratamiento del <<...hombre como fin en sí mismo y no como medio>>” (Cfr. STARCK, Christian, **“La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán”**, en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, < FERNÁNDEZ S., Francisco, Coordinador>, Dykinson Constitucional, Madrid 2008, p. 254).

La afirmación de la **“dignidad”** es la norma fundamental de todo el ordenamiento jurídico, implica que todo el derecho debe estar bajo el signo de la **“dignidad”**, todas las normas jurídicas deben de estar conformadas hacia su realización y aplicación en consonancia con este principio básico. La garantía de la intangibilidad acentúa el efecto totalizador de la garantía de la dignidad humana y en particular de su validez frente a terceros.

Con estos comentarios nos interesa destacar la significación de la técnica normativa constitucional de la inmunidad tributaria. Se trata de una situación de no imposición o no sujeción prevista desde la constitución destinada a garantizar, entre otros, la efectividad en el goce de los derechos humanos frente al poder tributario, para no interferir con la supremacía del goce del derecho humano. Se trata de situaciones no disponibles para el legislador y diferenciadas de aquellas otras técnicas normativas que por el contrario le son propias con fines extrafiscales como las exentivas o las de minoración de bases imponibles o de cuotas liquidables de la obligación tributaria.

Como siempre, la indeterminación de estos conceptos supone un esfuerzo importante de reflexión para la estructuración de una teoría que no recaiga en idealismos, pero que a la vez haga justicia a la naturaleza práctica e interpretativa del derecho. Una reflexión teórica que debe ser juzgada por su rendimiento, esto es, por su fuerza explicativa y su capacidad para resolver problemas. A ello dedicamos estas reflexiones. Para ello nos iniciaremos explicando la natural vinculación entre tributación y derechos humanos, nuestra tesis de que el efectivo goce de los derechos humanos es condición de posibilidad del derecho a contribuir conforme a la capacidad contributiva y condición de validez de la tributación. Haremos referencia a la técnica normativa de la inmunidad tributaria como una de las garantías más efectivas de protección de los derechos humanos frente a la tributación. Señalaremos algunos temas en la jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos que representan ejemplos concretos de situaciones jurídicas consolidadas como valladares frente a la tributación. Finalmente, referiremos algunos riesgos en el discurso de los derechos humanos que pueden comprometer su efectividad frente a la tributación.

En suma, la tributación debe asumir el desarrollo humano integral como blasón de su razón de ser, legitimidad y validez.

Solo nos resta concluir señalando que **“llegó la hora de tomarse en serio la efectividad de los derechos humanos como límite al poder de imposición y en particular la necesidad de exigir dignidad en la tributación”**³.

³ Cfr. ROMERO-MUCI, Humberto, Prologo al libro de ANDRADE R., Betty, *Derechos Humanos y Tributación: Inmunidades Tributarias de los Derechos Fundamentales*, Do-Fiscal - Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018.

1. Relación entre los derechos humanos y la tributación

Entre tributación y derechos humanos existe una natural consubstancialidad, que se articula en función de la *dignidad humana*. Este principio se ha erigido como presupuesto axiológico del Estado contemporáneo, límite lógico del poder y parámetro de validez de todo ordenamiento jurídico. En el ámbito tributario, **“...condición de posibilidad de la capacidad contributiva [...] y condición de validez y legitimidad de la imposición”**⁴.

Son muchos los casos en que la tributación puede incidir en el disfrute del salario, el derecho a la vivienda, a la salud, a la educación, a la libertad de culto y la libertad de prensa, entre otros.

La profesora Betty Andrade señala que, no hay derechos ilimitados⁵, como es lógico. La tributación puede incidir sobre esferas patrimoniales y de libertad de los ciudadanos, siempre que ello no ponga en entredicho el contenido mínimo de estos derechos, impida su goce real y efectivo, interfiriendo en su disfrute según el contenido constitucional y convencionalmente declarado, si *i.e.* se crea una situación regresiva, desproporcionada e indigna de sobreimposición o se pretende gravar en los umbrales en que la tributación es una expresión inaceptable a la luz de la dignidad humana, norma de cierre del sistema jurídico. La tributación como acción esencial del Estado de Derecho, por tanto, no podrá ser lesiva a la satisfacción de los derechos humanos de los individuos.

Además, es innegable que la tributación exige la ponderación entre auténticos derechos porque, como lo señala la doctrina, en el plano normativo constitucional venezolano más que principios (reserva de ley y legalidad, tipicidad, capacidad contributiva, mínimo vital, prohibición de confiscación, entre otros) **“...son normas fundamentales, en el sentido de que dotan de fundamento y justificación axiológica a otras normas y no requieren a su vez, de ningún fundamento axiológico,**

⁴ Cfr. ROMERO-MUCI, Humberto, *Uso, abuso y perversión de la unidad tributaria. Una reflexión sobre tributación indigna*, Serie Estudios 111, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial jurídica venezolana, Asociación Venezolana de Derecho Tributaria, Caracas, 2016, p. 14 y 15.

⁵ ANDRADE R., Betty, *Derechos Humanos y Tributación: Inmunidades Tributarias de los Derechos Fundamentales*, DoFiscal - Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018.

y se traducen en derechos (en situaciones subjetivas jurídicamente protegidas)” y “...más allá de la *supremacía constitucional* opera una especie de *supremacía de los derechos* que prescribe no coartar el ejercicio de los derechos y libertades, ni limitarlos al supremo intérprete de la Constitución o al contenido constitucionalmente declarado. Estos derechos (i) son extensibles a las personas jurídicas; (ii) sobre ellos son predicables los elementos de la dogmática jurídica; (iii) dotan de fundamento a otras normas por vía lógico-deductiva, (iv) establecen objetivos y fines respecto a esas normas; (v) en ningún caso admiten que sus disposiciones de desarrollo rebajen el contenido constitucionalmente declarado, de lo que se colige (vi) una evidente e inderogable preferencia por la norma más favorable a la persona. En efecto, el artículo 23 de la Constitución de 1999 adscribe esa *prevalencia normativa* o *vis expansiva* a la disposición que otorgue un *plus* de tutela o garantías en el goce y ejercicio de los derechos, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa”⁶.

2. Los derechos humanos como condición de posibilidad del derecho a contribuir conforme a la capacidad económica.

Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley⁷. Obviamente, ese deber solo puede ser cumplido a cambio del respeto de los derechos constitucionales a contribuir según Ley formal previa y cierta, respecto de una capacidad económica efectiva, libre de discriminaciones, en forma razonable y proporcionada, bajo las garantías del debido proceso (*due process of law*).

Pero hay más. La tributación no es fin en sí misma. La tributación tiene como finalidad insoslayable el crecimiento económico y la

⁶ Cfr: MEIER G., Eduardo, “Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en el ISR”, en *El Impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma*, XVII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Caracas, 2017, p. 172-173.

⁷ **Artículo 133 de la CRBV:** Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley.

elevación del nivel de vida de la población. Así lo ordena artículo 316⁸ del Texto Fundamental de 1999. Lo complementan la prohibición de discriminación 21(1)⁹ y la prohibición de confiscación del artículo 317¹⁰ Constitucionales. Se trata de un derecho con un contenido esencial que vincula al legislador y es susceptible de tutela judicial. Su virtualidad aparece conectada a nociones elocuentes como las de “sistema tributario”, “justa distribución de las cargas públicas”, “capacidad económica”, “progresividad del sistema”, “protección de la economía nacional y elevación del nivel de vida de la población” y “recaudación eficiente”, que denotan la extensión del derecho en cuestión y prefiguran su contenido esencial. Su objetivo es servir de criterio para el reparto de las cargas públicas y otorgar al contribuyente un derecho a contribuir a los gastos generales de acuerdo con su respectiva capacidad económica.

De un lado, las nociones de **(i) “sistema tributario”, “capacidad económica”, “protección de la economía nacional y elevación del nivel de vida de la población”** y **“sistema de recaudación eficiente”**, enfatizan las exigencias instrumentales de coherencia interna del tributo, del orden del conjunto tributario, así como su eficiencia. Por su parte las nociones de **(ii) “justa distribución de las cargas públicas”, “progresividad del sistema”** y **“no confiscación”**, enfatizan las exigencias de racionalidad axiológica, esto es, promueven el valor de la justicia del tributo, las cuales complementan la racionalidad técnica implicada en la exigencia de coherencia en el diseño de la exacción y en el conjunto que el sistema implica.

⁸ **Artículo 316 de la CRBV:** El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas 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

⁹ **Artículo 21 de la CRBV:** Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

¹⁰ **Artículo 317 de la CRBV:** 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.

La referencia al sistema (en singular) implica que, hay un sólo sistema tributario, en una sola economía, pero también una sola capacidad contributiva que es incida por los distintos tributos y por los distintos poderes tributarios. La noción de sistema se opone a toda contradicción o antinomias y hasta las lagunas axiológicas, así como la contradicción tributaria sistémica cuya expresión más patológica es la múltiple imposición interna. Por eso, la coherencia del sistema exige la de los tributos individualmente y la del conjunto con el propósito de promover la **“protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población”**. Así mismo, la condición de **“sistema”** se enlaza con las exigencias de coordinación y cooperación entre los poderes y competencias tributarios, cuya connotación más saliente es el **“principio de armonización tributario”**¹¹ que ejerce el centro sobre la periferia. De lo contrario no se estaría frente a un sistema, sino en presencia de un régimen tributario o peor aún, en una “distopía” como grado superlativo y perverso de anarquía.

Como quiera que el sistema tributario tiene como finalidad la **“protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población”**, los fines extrafiscales de la tributación encontrarían justificación en la medida que otros bienes constitucionales promuevan tal desviación, sean para acentuar la imposición o para producir el desgravamen, desestimulando o estimulando económica, social o culturalmente la actividad de que se trate o sencillamente atendiendo a algún propósito de solidaridad social que justifique el sacrificio contributivo de la propiedad particular. La atención de este tipo de necesidades representa campo fecundo para la protección y para la promoción de los derechos humanos.

A su vez la noción de “capacidad económica”, resalta la sustancia económica de la exacción.

Siendo el tributo ante todo una categoría jurídica, pero con sustancia económica, siempre se expresará como una magnitud económica

¹¹ **Artículo 156 de la CRBV:** Es de la competencia del Poder Público Nacional: 13. La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.

que deberá ser representada y cuantificada de alguna forma idónea, lo que responderá a una racionalidad técnica específica según la naturaleza del hecho concreto revelador de dicha expresión de riqueza. El material económico es el punto de conexión entre las situaciones reales y la normatividad tributaria adecuada a una situación dada.

Como las normas tienen un contenido cognitivo que puede analizarse críticamente con ayuda de informaciones científicas y técnicas, las distintas ciencias sociales aportan materiales que son relevantes para el derecho, son los contenidos legales que permiten conocer el alcance de los intereses involucrados. El derecho debe ser coherente con esta realidad y elaborar una concepción racional práctica y crítica. Aquí la carga de argumentación corresponde al proponente de la protección del derecho. Se exigirán no solo razones valorativas, sino razones analíticas y empíricas en respaldo de una determinada posición. Aquella que maximice la racionalidad práctica mediante pretensiones de coherencia y universalización de la decisión de que se trate. De esta manera se previenen riesgos de subjetivismos valorativos utilizados muchas veces con intenciones espurias. Habrá que ser cauto al respecto, pero eso no significa que no pueda argumentarse racionalmente en relación con valores¹².

Pero hay más. La capacidad contributiva como índice económico de riqueza y causa del gravamen, tiene que ser una riqueza efectiva: el impuesto no debe gravar la capacidad “productiva”, sino la riqueza obtenida “efectivamente”; no debe establecer presunciones iuris et de iure que imputen una riqueza meramente probable al contribuyente, ni ficciones que fabulen una realidad artificial, así como tampoco cabe gravar rendimientos puramente nominales en situaciones de inflación. En todo caso, la concreción del principio en cada situación demandará el acercamiento o el alejamiento del mismo, debido a la ponderación de otros bienes constitucionales. Los fines extrafiscales o aquellos que primen la practicabilidad administrativa, deberán justificar una restricción del principio de capacidad económica, mediante el control de razonabilidad.

¹² Cfr. ATIENZA, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid 2017, p. 158.

La promoción de la racionalidad del sistema se traduce en la eficiencia de este, esto es, en la realización de los fines que la predeterminan. La eficiencia del sistema tributario no debe ser confundida con la eficiencia de la administración tributaria. La primera implica y comprende la segunda. La eficiencia del sistema se refiere más ampliamente a la **(i)** la incidencia neutral del tributo sobre la economía, esto es, evitar distorsiones en la asignación de recursos, **(ii)** la suficiencia del producto en relación con el costo de la recaudación, **(iii)** la minimización del costo de cumplimiento para el sujeto pasivo y los terceros y **(iv)** la recaudación eficaz por la administración tributaria, recordando el principio instrumental de la gestión administrativa al servicio del ciudadano y su sometimiento pleno a la ley y al derecho ex artículo 141¹³ Constitucional, esto es, la recaudación tributaria no es un fin en sí misma, la recaudación ni la practicabilidad administrativa justifican una tributación inconstitucional ya que como ordena el mandato constitucional, ésta solo está al servicio de la tributación con arreglo a la capacidad económica. Así las cosas, se puede apreciar que, la promoción y protección de los derechos humanos es una dimensión de eficiencia en la tributación.

La capacidad económica como soporte axiológico del tributo se mueve en una doble dimensión de tipo horizontal y vertical.

Horizontalmente, implica que sujetos con la misma capacidad económica tributen por el mismo concepto en igualdad de circunstancias, esto es, se proscriben las discriminaciones impositivas. Esta prohibición se subsume en la prohibición constitucional más general regulada por el artículo 21(1) Constitucional.

Verticalmente, la igualdad no implica que todo contribuyente deba ser tratado en idéntica situación (bases imponibles) cuando tienen capacidades económicas distintas a los fines del tributo de que se trate. Tales diferencias de tratamiento pueden existir **“...siempre que esas diferencias no violen los límites de la racionalidad”**. De igual forma implica que la presión del gravamen debe aplicarse progresivamente,

¹³ **Artículo 141 de la CRBV:** 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.

esto es, la carga contributiva individual debe aumentar en una proporción mayor al incrementar la riqueza disponible, típicamente vinculada a aumentos de la alícuota o del tipo de gravamen. La progresividad es una técnica que se asocia con la redistribución de la renta.

Como quiera que el principio de capacidad económica se fundamenta en los principios de la función social de la propiedad y solidaridad, quien más tiene más puede contribuir al gasto común, razón por la cual, en este sentido parece coherente concebirlo como **“capacidad económica progresiva”**. La progresividad tiene su ejemplificación y realización más saliente en el impuesto sobre la renta y los impuestos personales como el que grava en forma directa el patrimonio. Sin embargo, en el caso de los impuestos indirectos, la virtualidad de la progresividad se dificulta técnicamente, pero puede promoverse o, su contrario, la regresividad, puede morigerarse mediante otras técnicas tributarias tales como las dispensas tributarias (p.e. exención bienes de consumo esencial en el IVA) y los créditos impositivos (p.e. rebajas o bonificaciones a la cuota a pagar por nuevas inversiones, inversiones ambientales, sociales, cargas de familia).

De esta forma puede controlarse la razonabilidad de los impuestos extraordinarios (de guerra, temporales en emergencia económica) y los fines extrafiscales de la tributación, los cuales deben justificarse para proteger la economía nacional y que por su intensidad nunca pueden tener efecto confiscatorio según expresa prohibición constitucional en refuerzo del derecho de propiedad y de la libertad económica. En íntima relación con los fines extrafiscales se conectan los tributos parafiscales y otras formas de tributación atípicas en promoción de fines de solidaridad y defensa de bienes constitucionales como el medio ambiente, seguridad social, la prevención antidrogas, la promoción del conocimiento, la innovación de las nuevas tecnologías y otros.

En suma, la tributación al tener una función instrumental no es un fin en sí misma, debe responder al principio de necesidad, que es la piedra de fundamentación de todos los derechos humanos. No se conciben los derechos sin necesidades que satisfacer, así como no se concibe una tributación abstracta, asistemática, meramente recaudatoria, que no procure desde su perspectiva de ingreso público, el cumplimiento de objetivos valiosos para el ser humano y su comunidad y mucho menos

una tributación que se convierta en una cortapisa a la promoción efectiva del derecho humano.

3. La técnica normativa de las inmunidades tributarias

A) Concepto

Las inmunidades tributarias constituyen modalidad normativa de *no sujeción* impositiva sobre aspectos vitales para el goce de los derechos fundamentales. El reconocimiento y mantenimiento de tales límites pueden o no estar consagrados *expresamente* en el texto constitucional, pero lo crítico es que derivan directamente de la consagración del respeto y protección de los derechos humanos. Tales inmunidades implican o bien la negativa absoluta de que la tributación incida sobre una determinada esfera o, la necesidad de garantizar que el diseño del tributo no constituya una afectación negativa al ejercicio de los derechos humanos, más bien que los promueva o que se promuevan tratos o soluciones coherentes a la efectividad de los mismos.

Algunas legislaciones han reconocido expresamente en el texto Constitucional la existencia de las inmunidades tributarias¹⁴. No obstante, en la mayor parte de los casos, las legislaciones las han

¹⁴ El principio de inmunidad tributaria es recogido en el artículo 150 de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 (Texto Consolidado hasta la enmienda No. 99 del 14 de diciembre de 2017 que entró en vigor el 5 de octubre de 1988, según Texto consolidado até a Emenda Constitucional No. 66 de 13 de julio de 2010), que contempla que “Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, está prohibido a la unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios: [...] VI establecer impuestos sobre: a) patrimonio, renta o servicios, unos de otros; b) templos de cualquier culto; c) patrimonio, renta o servicios de los partidos políticos, incluyendo sus fundaciones, de las entidades sindicales de los trabajadores, de las instituciones de educación y de asistencia social, sin fines lucrativos, atendiendo a los requisitos de la ley; d) libros, diarios, periódicos y el papel destinado a su impresión. e) fonogramas y videofonogramas musicales producidos en Brasil conteniendo obras musicales o literomusicales de autores brasileños y/u obras en general interpretadas por artistas brasileños, así como los soportes materiales o archivos digitales que los contengan, salvo en la etapa de replicación industrial de los medios ópticos de lectura a láser. 1. la prohibición del inciso III, b), no se aplica a los impuestos previstos en los arts. 153, I, II, IV y V, 154, II. 2. la prohibición del inciso VI, a) se extiende a los organismos autónomos y a las fundaciones establecidas y mantenidas por el Poder Público, en lo que se refiere al patrimonio, a la renta y a los servicios, vinculados a sus finalidades esenciales o derivadas de ellas. 3. Las prohibiciones del inciso VI, a), y del párrafo anterior no se aplican al patrimonio, la renta y los servicios, relacionados con la explotación de actividades económicas regidas por normas aplicables a empresas privadas, o en las que haya contraprestación o

recogido como formas de exención o como exoneraciones, lo cual resulta técnicamente incorrecto. Ese desenfoco conceptual y el diferente tratamiento normativo generan ineficiencias en la efectiva protección de esos derechos frente a la tributación. Por una parte, el establecimiento de inmunidades tributarias como formas de no sujeción implica, de plano, la inexistencia del supuesto que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria sea porque no se trata del evento que el legislador desea gravar o sea porque se trata de uno de los supuestos sobre los cuales existe una prohibición absoluta de tributación. No obstante, las exenciones responden a elementos de política fiscal, estándole dado al legislador su diseño y creación. Mientras la no sujeción constituye una prohibición absoluta al legislador, las exenciones dependen de la voluntad del legislador, derivándose de la necesidad de estimular una determinada actividad.

B) Ventajas prácticas.

La aceptación de la existencia de inmunidades tributarias respecto de los derechos humanos permitiría el control de la normativa tributaria frente a los principios constitucionales clásicos y también bajo la consideración del costo y beneficio efectivo que la tributación tiene sobre la esfera de derechos de los ciudadanos. La precisión de la vigencia de este concepto en nuestro ordenamiento constitucional podrá permitir el reconocimiento de que existen ciertos elementos sobre los cuales no podrá incidir la tributación o que dicha tributación estará limitada. De esta forma, si el legislador llegase a crear tributos sobre estas esferas protegidas constitucionalmente, sería posible solicitar la nulidad de la norma respectiva ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o su desaplicación a través del control difuso.

pago de precios o tarifas por el usuario, ni exonera al promitente comprador de pagar el impuesto relativo al bien inmueble. 4. Las prohibiciones expresadas en el inciso IV, líneas b) y c), comprenden solamente el patrimonio, la renta y los servicios, relacionados con las finalidades esenciales de las entidades en ellas mencionadas. 5. La ley establecerá medidas para que los consumidores sean informados acerca de los impuestos que incidan en mercancías y servicios. 6. Cualquier amnistía o remisión que afecte a la materia tributaria o de previsión social o sólo podrá concederse a través de ley específica federal, estatal o municipal. Consultada en: http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=579494&www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=16434803&idBinario=16434817267224

Por su parte, si pretendiéramos que, como se establece formalmente en la mayor parte de las legislaciones –incluyendo la venezolana– se confunden los supuestos de inmunidad tributaria con situaciones de exención y que, en consecuencia, responden a elementos de política legislativa, será más difícil la justificación del control constitucional de dichas disposiciones, bajo el entendido de que su reconocimiento depende libremente del legislador. Como puede apreciarse, la precisión del concepto se hace esencial a los fines de determinar los límites de la actuación del juez constitucional, así como la forma como se hará efectiva la tutela de los derechos humanos¹⁵.

Los planteamientos teóricos anteriores pueden ser concretados en la práctica mediante el examen de la forma como la tributación incide en el disfrute de los derechos humanos. En primer término, debemos recordar que el Estado debe asumir un rol activo en la protección de los derechos humanos, no sólo absteniéndose de asumir conductas que cercenen tales derechos (derechos de abstención), sino llevando a cabo acciones que materialicen su disfrute (derechos prestacionales). Si bien todo tributo incide en alguna forma en los derechos humanos, fundamental y primeramente en el derecho de propiedad y de libertad económica, la injerencia de dicho tributo no puede resultar en la conculcación

¹⁵ El caso clínico de confusión entre los conceptos comentados y el tratamiento de sus consecuencias, lo representa la decisión de la Sala Constitucional que declaró la inaplicación del IVA sobre los servicios médicos privados, bajo el argumento de la precedencia de la salud pública respecto del derecho a contribuir con arreglo a la capacidad contributiva. En forma técnicamente incorrecta la Sala Constitucional declaró “**exento**” el servicio de salud del impuesto en cuestión, justificando que: “...**no puede el Estado, [...] promover la desigualdad en cuanto a la garantía de acceso a los servicios de salud, mediante la aplicación de un impuesto al valor agregado a los contribuyentes que requieran de atención médico asistencial, odontológica, de cirugía y hospitalización prestados por instituciones privadas**”. Obsérvese que la Sala Constitucional en vez de reconocer una no sujeción sobre la prestación del servicio en resguardo de la prioridad del derecho a la salud, declaró por vía de amparo la existencia de una exención sobre dichas prestaciones, esto es, legisló creando una dispensa impositiva. Lo idóneo habría sido que el Juez constitucional reconociera la inmunidad, con el mismo efecto de la no tributación y no usurpar una función del legislativo para crear la dispensa impositiva. Ver Sentencia del 5 de junio de 2003, caso *Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano, Fernando Bianco y otros en acción de nulidad y amparo contra Ley de impuesto al valor agregado*, consultada en URSO, Giuseppe y DIAZ, Valmy, *El IVA < una década de jurisprudencia en Venezuela >*, Caracas 2004, p. 137.

del disfrute de tales derechos y así debe garantizarlo el Estado en el diseño del sistema tributario.

Por ello, el Estado no puede ni debe ser un mero observador del impacto de los tributos en los individuos, justificando su actuación en la existencia de necesidades colectivas, sino que debe introducir los correctivos para preservar los equilibrios necesarios para permitir su goce efectivo de los derechos individuales. Lo contrario, predeterminar la tributación sobre un interés colectivo superpuesto a los derechos fundamentales del individuo, no sólo contradice insalvablemente el Texto Fundamental vigente, sino que introduce una indeseable y peligrosa “teoría política colectivista”¹⁶, desde luego *injustificada*, cuando la tendencia -y la propia Constitución de 1999- apunta a justificar la precedencia *prima facie* de los derechos individuales frente a los bienes colectivos, como lo propone Robert Alexy¹⁷.

Existen diversas situaciones en las cuales puede constatararse la forma como la tributación afecta negativamente el goce de los derechos humanos. Tal podría ser el caso del derecho a la salud, cuando se crean tributos indirectos sobre los servicios médico-asistenciales o sobre alimentos de la cesta básica. También puede conculcarse el deber de protección del salario cuando se crean tributos que no toman en cuenta sus condiciones personales del trabajador o las que son necesarias para el libre desenvolvimiento de su personalidad. Por su parte, la creación de tributos sobre instituciones religiosas por las donaciones percibidas por ellas podría afectar el derecho a las libertades de culto y de pensamiento. El derecho a la información y a la educación, por su parte, se ven afectados cuando se generan tributos indirectos sobre la venta de periódicos, revistas informativas, libros, así como sobre servicios educativos. Igualmente, la negativa del reconocimiento de exenciones de impuesto sobre la renta respecto de los enriquecimientos percibidos por entidades sin fines de lucro como las instituciones religiosas, benéficas,

¹⁶ Se afirma que la concepción autoritaria de los derechos humanos tergiversa las potestades del Estado como cuerpo que personifica el interés social, para terminar, degradándose en una práctica que subordina en todos los casos el derecho individual al interés que el Estado representa o dice representar. *Cfr.* DELGADO, Francisco J., *Chavismo y derecho*, Editorial Galipán, Caracas 2017, p. 127.

¹⁷ *Vid.* ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*, 2ª edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 208.

educativas y otras similares, puede derivar igualmente en la afectación de algunos de los derechos mencionados.

C) El derecho al mínimo vital.

Por ejemplo, en el derecho internacional de los derechos humanos hay un consenso en que existe una zona de no imposición que constituye una medida económica representativa de ausencia de capacidad contributiva a los gastos generales como expresión del derecho al respeto de la dignidad humana en el Estado Social y de Derecho. Ese derecho humano suele identificarse bajo el concepto de “**mínimo vital**”. Lo importante es que esa zona de no imposición sea efectiva y cumpla su propósito de permitir la retención económica de los recursos necesarios para la atención de las necesidades vitales y familiares del contribuyente frente a la tributación¹⁸. Así lo ha puesto de relieve la Corte Constitucional Alemana al desarrollar la doctrina del “**derecho humano a una existencia digna**”, destacando que este derecho ha tenido un efecto *irradiante* sobre el Impuesto Sobre la Renta (ISR) en ese país, concluyendo, en consecuencia, que la dignidad humana condiciona al Legislador para preservar de la tributación una parte de la renta necesaria para cubrir un mínimo de subsistencia del contribuyente¹⁹.

Hoy existe un fructífero dialogo jurisprudencial sobre el derecho al *mínimo vital* que representa fuente de derecho en la materia de derechos humanos²⁰, permitiendo que el análisis comparado en cuestiones

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Cfr.* ENGLISCH, Joachim, “**The impact of human rights on domestic substantive taxation-the German experience**”, en *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Amsterdam 2011, p. 287. La Corte ha especificado que ese umbral de subsistencia mínimo no debe ser inferior a aquello necesario para cubrir la asistencia social. Incluso, ha dicho que, en ningún caso se puede evadir esta obligación parapetándose en la existencia de programas sociales para justificar una tributación excesiva, pues ello contravendría los principios de responsabilidad individual de la persona y subsidiaridad de la asistencia social que la Corte deriva del contexto de los derechos de libertad consagrados en la Constitución. Más aun, la Corte Constitucional ha aceptado reglas que definen montos fijos para predeterminar ese mínimo de subsistencia, solo si cubre razonablemente los gastos que son necesarios, idóneos y proporcionados para tal fin. Finalmente, ha dicho que, la protección del mínimo vital está por encima de la situación presupuestaria y no puede ser una mera declaración de buena voluntad.

²⁰ *Vid.* AYALA C., Carlos, *Del dialogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Colección de Estudios Jurídicos No. 98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 18.

concretas suministre nuevos argumentos, perspectivas y soluciones de gran utilidad²¹. Tal es el caso de las importantes decisiones de la Suprema Corte Mexicana²² y de la Corte Constitucional Colombiana²³, solo por nombrar algunas en el caso de América Latina.

²¹ Cfr. HERRERA M., Pedro, *Metodología del Derecho Financiero y Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales. Universidad Complutense de Madrid, 2003, p. 37.

²² La Suprema Corte Mexicana ha caracterizado el “**mínimo vital**” como “...el mínimo existencial [...] que permite la subsistencia del causante como agente titular de derechos y obligaciones en un Estado social y democrático de Derecho”, lo que: “...entraña una garantía de las personas, por virtud del cual el legislador, al diseñar el objeto de las contribuciones e identificar la capacidad idónea para contribuir, debe respetar un umbral libre o aminorado de tributación, según sea el caso, correspondiente a los recursos necesarios para la subsistencia de las personas, en el cual le está vedado ejercer sus facultades por no estar legitimada constitucionalmente la imposición de gravámenes sobre ese mínimo indispensable, es decir, un derecho por cuya virtud las personas no serán llamadas a contribuir en tanto no satisfagan sus necesidades más elementales, correlativo al deber del legislador de respetar este límite” Cfr. Décima Época, Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada (Constitucional), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo I. Julio de 2013, Tesis 10a xxxix/2013, p. 53. consultada en: [http://200.38.163.178/sjfsist/\(f\(6hmkvqghdbt_twsupsu04lpldkz0j5wkrzh0gljpxswaq0hlf6aljkzilpuvid1v2p26_ujyblbnxvimgut5jwljh8t-8nvoier7uno8l_5b5qmnecyvmvebraime59g4gvvfp8sslh8y2rstdlwpu8fhx28rfhjfdz59sa1\)\)/paginas/detallegeneralv2.aspx?id=2004081&clase=detalletesisbl&semanario=0](http://200.38.163.178/sjfsist/(f(6hmkvqghdbt_twsupsu04lpldkz0j5wkrzh0gljpxswaq0hlf6aljkzilpuvid1v2p26_ujyblbnxvimgut5jwljh8t-8nvoier7uno8l_5b5qmnecyvmvebraime59g4gvvfp8sslh8y2rstdlwpu8fhx28rfhjfdz59sa1))/paginas/detallegeneralv2.aspx?id=2004081&clase=detalletesisbl&semanario=0)

²³ Ver el trabajo de QUIÑONEZ C., Natalia, “<Minimum vitalis> and the fundamental right to property as a limit to taxation in Colombia”, en *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Amsterdam 2011, p. 356. Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana, ha reconocido el *mínimo vital* como un derecho que se deriva de los principios de Estado Social de Derecho, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y dignidad humana. El denominado “**derecho fundamental al mínimo vital**”, se refiere a las condiciones materiales básicas e indispensables para asegurar una supervivencia digna y autónoma, constituye un límite al poder impositivo del Estado y un mandato que orienta la intervención del Estado en la economía, de conformidad con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y exige analizar si quien no dispone de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que ineludible y manifiestamente agraven su situación de penuria. Cfr. entre otras las siguientes sentencias: T-005 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-015 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-144 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-198 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-500 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-284 de 1998 (M.P. Fabio Morón); SU-062 de 1999 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Ha señalado la Corte Constitucional que, “**El objeto del derecho fundamental al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. En referencia a estas medidas positivas garantes del**

Este concepto de mínimo vital se extendería a otros tributos como el que grava el patrimonio, excluyendo aquellos bienes tales como la vivienda principal, enseres de uso personal que no representan ni deben representar índices de capacidad contributiva. También tendría significación a propósito de los tributos que gravan el consumo, tales como el IVA, concretándose en la no sujeción de medicamentos, alimentos de primera necesidad, servicios de salud, educacionales. La tutela de este espacio no impondría limitaciones en el diseño que el legislador efectúe sobre tales derechos y la posibilidad de controlar judicialmente las normas que se dicten al respecto.

D) El deber de tratos coherentes.

Una dimensión especial de efectividad para el respeto y protección a los derechos humanos tiene lugar en la afirmación de tratos coherentes en el ordenamiento tributario. Esto implica que debe favorecerse todo aquel trato que sea consistente con la protección que se articula a favor de una situación determinada desde un tributo en particular, de modo que no sea neutralizada o contradicha en sus efectos prácticos por la acción de otros tributos, particularmente por los tributos sectoriales o de otros niveles políticos territoriales. Esta no es más que una exigencia de la racionalidad práctica que predica como principios del razonamiento la universalidad y la coherencia de las decisiones, esto es, que la decisión no se limite a la solución del caso concreto si no la posibilidad de que sea reiterada como de pauta para el futuro como mecanismo de previsión, por más que sea un mecanismo imperfecto, puesto que pueden presentarse nuevas circunstancias aún no tenidas en cuenta²⁴

Así, por ejemplo, si se exige de un tributo al consumo el goce de un servicio que atiende a la protección y fomento del derecho a la educación, no debe aplicarse otro tributo de la misma naturaleza que neutralice aquel efecto de fomento, o que encarezca el servicio que promueve el derecho a la educación.

derecho fundamental al mínimo vital, en Colombia la jurisprudencia ha ordenado al Estado colombiano, a reconocer prestaciones positivas a favor de personas inimpugnables, detenidas, indigentes, enfermos no cubiertos por el sistema de salud, mujeres embarazadas”.

²⁴ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid 2017, p. 158.

En fecha reciente algunos juzgados tributarios se han pronunciado sobre la necesidad de preservar un **“...sistema tributario coherente y por tanto justo, en el que la distribución de las cargas públicas atiende a la capacidad económica del contribuyente protegiendo el nivel de vida de la población”**. En el caso de la contribución de ciencia y tecnología, el Tribunal Noveno Contencioso Tributario del Distrito Metropolitano declaró la no imposición de ingresos brutos originados en venta de productos exentos de Impuesto al Valor Agregado (IVA). El Tribunal reconoció a partir de una justificación del texto constitucional, la existencia de una inmunidad tributaria (una implícita no imposición) para garantizar un efecto impositivo coherente con la política exentiva del IVA y de control de precios sobre la venta e importación de medicamentos establecidos con el fin de abaratar sus costos de adquisición a la población. Esta posición interpretativa se ponderó en respeto al derecho humano a la salud²⁵.

Del mismo modo el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró una inmunidad tributaria en la aplicación de la contribución de Ciencia y Tecnología, decidiendo que el tributo en comenta-

²⁵ Señaló el Tribunal **“comenzando por [proteger] el derecho a la salud de la población, entendiendo que una parte fundamental de este derecho inherente a la dignidad humana y a la vida, debe traducirse en la disponibilidad suficiente, oportuna y estable de medicamentos en el ámbito nacional y el acceso permanente a éstos por parte del público consumidor”**, porque **“...se pone en riesgo la salud y la vida de la población en general, en contradicción insalvable con la obligación del Estado de preservar estos derechos y valores fundamentales y de que el sistema tributario sea coherente con los fines socioeconómicos de protección y elevación del nivel de vida de la población, cuando se incluye en la base imponible de un aporte como el de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación los ingresos exentos o exonerados del Impuesto al Valor Agregado, frustrando la intención del legislador de evitar encarecer el costo de esos productos por vía de repercusión económica, y con ello garantizar su adquisición a los sectores sociales más desposeídos”**. Sentencias No. 002/2017 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 16 de febrero de 2017, *Caso Farma, S.A vs. Fondo de Ciencia y Tecnología* en <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2017/FEBRERO/210316AP41U20140003890022017.HTML> y No. 2237/2017 del Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 27 de abril de 2017, *Caso Industria Venezolana de Productos Farmacéuticos de Consumo-Konsuma de Venezuela, S.A vs. Fondo de Ciencia y Tecnología*; No. 014/2016 *Caso Universidad Católica Andrés Bello vs. Fondo de Ciencia y Tecnología*.

rios no aplicaba a los ingresos brutos por la matrícula cobrada por una Universidad privada, no solo porque suponía una inconsistencia con el tratamiento exentivo en el IVA y en el ISR sobre el servicio y los enriquecimientos del servicio educativos, respectivamente, sino porque existe un manifiesto interés público en el acceso a la educación y en la promoción de la prestación del servicio educativo²⁶ del que el legislador tributario no puede desentenderse sin infringir el derecho humano a la educación.

3. Sobre los riesgos de banalización del discurso sobre derechos humanos en la tributación.

Todos los derechos cuestan. Los gobiernos necesitan recursos económicos para proporcionar actividades de seguridad, educación, salud y otros bienes públicos a la sociedad. Estos recursos provienen en su mayoría de los tributos que cumplen los particulares. Esos bienes generan externalidades positivas, esto es, sus efectos trascienden las relaciones particulares alcanzando a terceros.

Es necesario evitar una promoción ingenua sin idoneidad técnica respecto de estas decisiones normativas de fomento, para asegurar la efectividad de los derechos humanos en el contexto tributario: *(i)* evitar su banalización²⁷ por el abuso de discursos valorativos con intenciones

²⁶ El tribunal señaló que “... para proteger el carácter fundamental de la educación como <... un Derecho Humano y un deber social fundamental, al que tiene derecho toda persona, en igualdad de condiciones y oportunidades, el artículo 103 constitucional contempla una regla trasladable a todos los tributos, que obedece a la protección de la educación como valor y fin superior igualmente esencial al sistema tributario, que no pueden verse perturbadas o interferidas por objetivos meramente recaudatorios, al ser tan legítimos como aquellos. En efecto, señala la norma constitucional, que: <Las contribuciones de los particulares a proyectos y programas educativos públicos a nivel medio y universitario serán reconocidas como desgravámenes al impuesto sobre la renta según la ley respectiva>”. Sentencia No. 014/2016 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 12 de diciembre de 2016, Caso *Universidad Católica Andrés Bello vs. Fondo de Ciencia y tecnología* en: <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2016/diciembre/210312ap41u20140003770142016.html>

²⁷ Sobre “...el uso promocional o propagandístico del concepto derechos humanos...”. *Cfr.* DELGADO, Francisco J., “Chavismo y derecho”, Editorial Galipán, Caracas 2017, p. 111; *Cfr.* MASFERRER, Aniceto, “Derechos de nueva generación”, en *Derechos humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis* / coord. por José María Enríquez

espurias o **(ii)** posibles excesos que devienen en abusos de protección, creando externalidades positivas que se traducen en oportunismo, anarquizan el sistema tributario y producen incentivos para la deserción en el cumplimiento tributario.

En efecto, debemos alertar de los peligros de la banalización y relativización del discurso sobre los derechos humanos, esto es, de cualquier intento retórico de apropiarse del prestigio de estos derechos para encubrir el decisionismo y la arbitrariedad, que conduzca a una disminución progresiva de su sentido y de su relevancia.

Así ha sucedido en nuestro medio en dos trágicos episodios de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia **(i)** caso *Banco Nacional de Ahorro, Vivienda y Hábitat (BANAVIDH)* y **(ii)** caso *Adriana Vigilancia y Carlos Vecchio*²⁸.

En el primer caso, la Sala Constitucional negó el carácter no tributario a los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), y por consiguiente la no aplicación del Código Orgánico Tributario a dichas obligaciones, en particular las reglas sobre prescripción de los tributos. A pesar de lo criticable de la posición anterior, lo insólito fue la calificación desproporcionada de **“imprescriptible”** que la Sala Constitucional atribuyó a la precitada obligación de aporte, con base en una inexplicable relación con los derechos humanos a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social de los trabajadores que los desmerece por inatente y desproporcionada²⁹.

En el segundo caso, la Sala Constitucional declaró inconstitucional y reinterpretó subrepticamente el artículo 31 de la LISR, relativo la base imponible del ISR a las personas naturales bajo relación de dependencia, excluyendo de la tributación las percepciones que exceden

Sánchez, Aniceto Masferrer, Rafael Enrique Aguilera Portales; Guillermo Escobar Roca (pr.), 2017, págs. 331-358.

²⁸ Sentencia de la Sala Constitucional No. 301/2007, de fecha 27 de febrero de 2007 y sus aclaratorias No. 390/20072 de 9 de marzo, publicada en **G.O** No. 38.646, del 16 de marzo de 2007, así como la No. 980/2008 de 17 de junio del mismo año.

²⁹ **Cfr. “Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que niega el carácter de contribuciones parafiscales a los aportes debidos al fondo de ahorro obligatorio de vivienda y los considera imprescriptibles, del 6 de diciembre de 2011”, en *Doctrina Académica Institucional (pronunciamientos 1980-2012)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2013, p. 187.**

el salario normal, tales como utilidades y bonificaciones. Esa posición se fundamentó en argumentos que solo apelan a las emociones, con el propósito de excluir el sentido de legitimidad de la norma reeditada. Para este fin el Juez Constitucional se fundamentó en suposiciones sobre lesiones a la capacidad contributiva no demostradas, en contradicción con la técnica del ISR que manda a la imposición sobre todos los incrementos efectivos de patrimonio (sean regulares, accidentales, en dinero o en especie)³⁰. Los resultados de esta decisión frustran la efectiva vigencia del principio de progresividad de un tributo de tipo directo y personal como el ISR, siendo aún más lesiva del orden constitucional que la presunta situación que pretendió remediar. En definitiva, debe evitarse el riesgo de frivolarizar estos derechos que pueda desnaturalizarlos, restándoles vigor y eficacia real.

En suma, una correcta tutela de los derechos humanos supone una regulación que se alinee con la racionalidad técnica tributaria, que justifique la necesidad e idoneidad de las medidas normativas de protección del derecho humano frente a la tributación. La sola invocación del derecho no es suficiente. Debe ser demostrada y justificada tanto por el legislador como ante el juez, mediante procedimientos que den cuenta de la ausencia de arbitrariedad e improvisación.

CONCLUSIONES

- (i) Entre tributación y derechos humanos existe una natural consubstancialidad, que se articula en función de la *dignidad humana*.
- (ii) El goce efectivo de los derechos humanos es condición de posibilidad de la capacidad contributiva y condición de validez y legitimidad de la imposición.
- (iii) La tributación tiene una función instrumental, no es un fin en sí misma. No se concibe una tributación abstracta, asistemática, meramente recaudatoria, que no procure desde su perspectiva de ingreso público, el cumplimiento de objetivos valiosos para el ser

³⁰ Ver nuestros comentarios en el prólogo al libro ABACHE C., Serviliano, *Sobre falacias, justicia constitucional y derecho tributario <Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de la pesadilla y el noble sueño>*, Librería Álvaro-Nora, Caracas 2015, p. 24.

humano y su comunidad y mucho menos una tributación que se convierta en una cortapisa a la promoción efectiva del derecho humano.

- (iv) La técnica normativa de la inmunidad tributaria permite desde la Constitución definir límites o excluir la imposición para asegurar la protección de los derechos humanos.
- (v) Esto permite un control de la efectividad de la normativa tributaria frente a los principios constitucionales clásicos y también bajo la consideración del costo y beneficio efectivo que la tributación tiene sobre la esfera de derechos de los ciudadanos. Evita que la protección del derecho humano se relativice en el umbral de las técnicas exentivas y de ajuste mediante créditos a la cuota a pagar, sometidas al control político del Legislador o la conveniencia y oportunidad recaudatoria del Gobierno.
- (vi) Una correcta tutela tributaria de los derechos humanos supone una regulación que se alinee con la racionalidad técnica tributaria, que justifique la necesidad e idoneidad de las medidas normativas de protección del derecho humano frente a la tributación.
- (vii) La sola invocación del derecho no es suficiente. Debe ser demostrada y justificada tanto por el legislador como ante el juez, mediante procedimientos que den cuenta de la ausencia de arbitrariedad e improvisación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*, 2ª edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, 211 p. ISBN 978-849-784-028-6.
- ANDRADE R., Betty, *Derechos Humanos y Tributación: Inmunidades Tributarias de los Derechos Fundamentales*, DoFiscal - Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018, 250 p, ISBN: 978-607-474-409-5.
- ATIENZA, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid 2017, 338 p, ISBN:978- 84-9879-698-8.
- AYALA C., Carlos, *Del dialogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Colección de Estudios Jurídicos No. 98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, 295 p. ISBN 978-980-365-188-6.

- DELGADO, Francisco J, *Chavismo y derecho*, Editorial Galipán, Caracas 2017, 189 p. ISBN 978-980-747-810-6.
- DUQUE, C., Román, “**Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que niega el carácter de contribuciones parafiscales a los aportes debidos al fondo de ahorro obligatorio de vivienda y los considera imprescriptibles, del 6 de diciembre de 2011**”, en *Doctrina Académica Institucional (pronunciamientos 1980-2012)*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2013, 187 p. ISBN 978-980-6396-92-0.
- ENGLISCH, Joachim, “**The impact of human rights on domestic substantive taxation-the German experience**”, en *Human Rights and Taxation in Europe and the World, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)*, Amsterdam 2011, 551 p. ISBN 978-90-8722-111-9.
- HERRERA M., Pedro, *Metodología del Derecho Financiero y Tributario*. Instituto de Estudios Fiscales, Universidad Complutense de Madrid, 2003, 135 p. ISBN 978-970-074-964-8.
- KATEB, GEORGE, *Human dignity*, Harvard University Press, Cambridge 2011, 257 p. ISBN 9780674284173.
- MASFERRER, Aniceto, “**Derechos de nueva generación**”, en *Derechos humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis* / coord. por José María Enríquez Sánchez, Aniceto Masferrer, Rafael Enrique Aguilera Portales; Guillermo Escobar Roca (pr.), 2017, 358 p. ISBN 978-84-362-7350-2.
- MEIER G., Eduardo, “**Constitución fachada: a propósito de la tributación selectiva en el ISR**”, en *El Impuesto sobre la renta. Aspectos de una necesaria reforma, XVII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Caracas, 2017, 530 p. ISBN 978-90-8722-111-9.
- QUIÑONEZ C., Natalia, “**<Minimum vitalis> and the fundamental right to property as a limit to taxation in Colombia**”, en *Human Rights and Taxation in Europe and the World, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)*, Amsterdam 2011, 551 p. ISBN 978-90-8722-111-9.
- ROMERO-MUCI, Humberto, “*Uso, abuso y perversión de la unidad tributaria. Una reflexión sobre tributación indigna*”, Serie Estudios 111, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Asociación Venezolana de Derecho Tributaria, Caracas, 2016, 119 p. ISBN 978-980-12-9063-6.

- _____, Prologo al Libro de ABACHE C., Serviliano, “*Sobre falacias, justicia constitucional y derecho tributario, del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de la pesadilla y el noble sueño*”, Librería Álvaro-Nora, Caracas 2105, 365 p. ISBN 978-980-6571-78-5.
- _____, Prologo al libro de ANDRADE R., Betty, “*Derechos Humanos y Tributación: Inmunidades Tributarias de los Derechos Fundamentales*”, DoFiscal - Thomson Reuters, Ciudad de México, 2018, ISBN: 978-607-474-409-5.
- STARCK, Christian, “*La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán*”, en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, <Francisco Fernández Segado-Coordenador>, Dykinson Constitucional, Madrid 2008, 1209 p. ISBN 978-84-9849-195-1.
- URSO, Giuseppe y DIAZ, Valmy, *El IVA < una década de jurisprudencia en Venezuela >*, Caracas 2004, 212 p. ISBN: 980-12-0671-3.

Legislación

- Brasil. Constitución de la República Federal de Brasil, Texto Consolidado hasta la enmienda No. 99 del 14 de diciembre de 2017 que entró en vigor el 5 de octubre de 1988, según Texto consolidado até a *Emenda Constitucional No. 66* de 13 de julio de 2010.
- Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinaria*, el 19 de febrero de 2009.
- Venezuela. Decreto No. 2.680 del 18 de enero de 2016 mediante el cual se exonera del pago del Impuesto sobre la Renta, el enriquecimiento neto anual de fuente territorial obtenido por las personas naturales, hasta por un monto en bolívares de seis mil unidades tributarias, en *Gaceta Oficial No. 41.077* del 18 de enero de 2017.
- Venezuela. Decreto No. 2.266 del 8 de marzo de 2016, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto sobre la Renta el enriquecimiento neto anual obtenido por las personas naturales, hasta por un monto en bolívares equivalente a tres mil unidades tributarias en *Gaceta Oficial No. 40.864* el 8 de marzo de 2016.
- Venezuela. Decreto No. 3.185 del 5 de diciembre de 2017, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto sobre la Renta el enriquecimiento neto anual obtenido por las personas naturales, hasta por un monto en

bolívares equivalente a treinta y dos mil unidades tributarias en ***Gaceta Oficial No. 41.293*** del 5 de diciembre de 2017.

Sentencias

- Sentencia No. T-005/95 de La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, D.C, del 16 de enero de 1995, (***caso Aria Delia Villalba de Abello***) consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-005-95.htm>
- Sentencia No. T-198/95 de La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional de Colombia, Santa Fe de Bogotá D.C., (***caso Expedientes acumulados T-65128; T-65136 y T-65137***) del 8 de mayo de 1995, consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-198-95.htm>
- Sentencia T-500/96 de la a Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, D.C, del 4 de octubre de 1996, (***caso Cándida Rosa Sanabria Sanabria***), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-500-96.htm>
- Sentencia No. T-284/98 de La Sala Número 8 de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, D.C, del 4 de junio de 1998, (***caso Héctor de Jesús Ruiz Zapata y Otros***), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-284-98.htm>
- Sentencia SU-062/99 de La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, D.C., del 4 de febrero de 1999, (***caso María Cleofe Rodríguez Vda. de Ruíz***), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU062-99.htm>
- Sentencia No. 1505 de la Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia del 5 de junio de 2003 (***caso Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano, Fernando Bianco y otros***), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1505-050603-03-0124%20.HTM>
- Sentencia No. 301/2007 de la Sala Constitucional del 27 de febrero de 2007, (***Caso Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio***), consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/301-270207-01-2862.HTM>

- Sentencia No. 390/2007 de la Sala Constitucional del 9 de marzo de 2007, (*Aclaratorias de del caso Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio*), en *Gaceta Oficial No. 38.646*, del 16 de marzo de 2007, consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/390-090307-01-2862.HTM>
- Sentencia No. 980/2008 de la Sala Constitucional del 17 de junio de 2008, (*caso Carlos Cesar Moreno Behermint*) consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/980-170608-01-2862.HTM>
- Sentencia Décima Época, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada (Constitucional), Julio de 2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo I, Tesis 10a xxxix/2013 consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: [http://200.38.163.178/sjfsist/\(f{6hkvqghdbt_twsupsu04lpdlkzozj5wkrzh0gljpxswaq0hlf6aljkzilpuvid1v2p26_ujyblbnyxvmgut5jwjljhf8t8n-vboier7uno8l_5b5qmnecyvmvebraime59g4gvvfp8sslh8y2rstdlwpu8fhx28rfhjfdz59sa1}\)\)/paginas/detallegeneralv2.aspx?id=2004081&clase=detalletesisbl&semanario=0](http://200.38.163.178/sjfsist/(f{6hkvqghdbt_twsupsu04lpdlkzozj5wkrzh0gljpxswaq0hlf6aljkzilpuvid1v2p26_ujyblbnyxvmgut5jwjljhf8t8n-vboier7uno8l_5b5qmnecyvmvebraime59g4gvvfp8sslh8y2rstdlwpu8fhx28rfhjfdz59sa1}))/paginas/detallegeneralv2.aspx?id=2004081&clase=detalletesisbl&semanario=0)
- Sentencia No. 014/2016 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 12 de diciembre de 2016, (*caso Universidad Católica Andrés Bello vs. Fondo de Ciencia y Tecnología*) consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2016/diciembre/210312ap41u20140003770142016.html>
- Sentencia No. 002/2017 del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 16 de febrero de 2017, (*caso Farma, S.A vs. Fondo de Ciencia y Tecnología*) consultado el 17 de agosto de 2018, disponible en web: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2017/FEBRERO/210316AP41U20140003890022017.HTML>
- Sentencia No. 2237/2017 del Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 27 de abril de 2017, (*Caso Industria Venezolana de Productos Farmacéuticos de Consumo-Konsuma de Venezuela, S.A*), consultado el 17 de agosto de 2018, **disponible en web:**

**DECLARACIÓN DEL X CONGRESO
DE LAS ACADEMIAS JURÍDICAS
IBEROAMERICANAS.
"RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA DEMOCRACIA
EN VENEZUELA".**

Esta Conferencia entiende que es un deber ético de los académicos y de las Corporaciones aquí representadas, exigir el inmediato restablecimiento del Estado de Derecho y sus instituciones y la convivencia democrática en Venezuela, hoy seriamente dañada, exhortando a los organismos de protección de los derechos humanos y a los gobiernos democráticos de la región y del mundo, a adoptar medidas de presión y políticas de solidaridad para atender la grave crisis económica y social que padece la población venezolana, que permitan evitar las situaciones de privación o de denegación de los derechos humanos de los venezolanos, así como levantar los obstáculos para el ejercicio de los derechos de participación política y ciudadana en ese hermano país.

En Madrid, a los 23 días del mes de noviembre de 2018.

PREMIOS DE LA ACADEMIA

**ENTREGA DE LOS PREMIOS:
"DR. ÁNGEL FRANCISCO BRICE",
"DR. CARLOS ALBERTO URBANEJA"
Y "DR. LUIS COVA GARCÍA"
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES 2017-2018.
04 DE DICIEMBRE DE 2018.**

**PALABRAS DE APERTURA A CARGO
DEL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI,
PRIMER VICEPRESIDENTE DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.**

Uno de los primeros actos institucionales de esta centenaria Academia de Ciencias Políticas y Sociales, fue la creación de los Certámenes de investigación como estímulo al desenvolvimiento de la actividad intelectual de nuestra disciplina. Mediante el Acuerdo público del 19 de abril de 1917 se convocó el primer Concurso bajo el nombre de **“Premio Aranda”** en homenaje al ilustre jurista Francisco Aranda. El segundo Concurso llevaría el nombre del eminente intelectual Cecilio Acosta.

Esto explica por qué el Reglamento de la Academia ordena que los premios que hayan de otorgarse en los certámenes científicos que ella promueva **“deberán llevar el nombre de alguna persona que haya contribuido notablemente al desarrollo de las Ciencias Políticas y Sociales”**.

Desde su mismo momento fundacional esta Corporación ha conjugado la misión de estimular y resaltar la labor intelectual de los juristas y científicos sociales, con la de evocar la memoria de figuras eminentes cuyas obras han contribuido notablemente al desarrollo de nuestras disciplinas. Sin dudas la intención reglamentaria pretende mantener viva la llama del conocimiento reflexivo y crítico en los juristas y demás científicos sociales, como precondition -no la única- para que el Derecho evolucione y se perfeccione como instrumento para alcanzar ciertos fines sociales valiosos, como la seguridad, la justicia, la paz social o la legitimación del poder.

En esta oportunidad nos convoca la edición del premio correspondiente al periodo **2017-2018**, los cuales en cada una de sus versiones llevan los siguientes epónimos y fueron adjudicados a los participantes galardonados, que de seguidas se mencionan:

EL “PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES”, para tesis de post-grado y para trabajos de ascenso en el escalafón universitario, correspondiente al período 2017-2018,

tiene como epónimo al Dr. Carlos Alberto Urbaneja quien fuera magistrado y expresidente de la Corte Federal y de Casación, conspicuo jurisconsulto que ocupó el Sillón No. 30 de esta Academia.

El “**PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES**”, para tesis de post-grado y para trabajos de ascenso en el escalafón universitario le fue otorgado a la Doctora Thairi Moya Sánchez por el trabajo “**La Figura de la Atribución de la Responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su Compatibilidad con la Constitución de Venezuela**”. Sin dudas un meritorio esfuerzo de investigación que cumple con una sólida estructura metodológica para el análisis sobre un tema relevante y de máxima actualidad jurídica. El trabajo galardonado contiene profusión de reflexiones sobre los orígenes y el tratamiento del derecho comparado en la atribución de responsabilidad penal internacional por los perpetradores de crímenes internacionales en casos de violación de derechos humanos, con especial énfasis en el análisis y crítica sobre la recepción del Estatuto de Roma en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, el Jurado decidió otorgar 2 **Menciones de Honor** a los trabajos siguientes: (i) “**Mecanismo de Ejecución de las Medidas Cautelares Extranjeras**”, cuyo autor es la abogada Elba Fermín Mata; (ii) “**El Registro Mercantil en Venezuela y la Adquisición de la Personalidad Jurídica para el Comerciante Social (años 1952-2001)**”, cuyo autor es el abogado Gabriel C. Rodríguez C.

EL PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES PARA PROFESIONALES 2017-2018, tiene como justo epónimo al doctor Ángel Francisco Brice, individuo de número de esta Academia quien ocupó desde 1947 el Sillón No. 4, fue Presidente de la misma en 1965 y reconocido docente en la escuela de Ciencias Políticas de Maracaibo, punto de origen de la moderna Universidad del Zulia y en la Universidad Católica “Andrés Bello.” Brice tuvo una intensa actividad gremial, especialmente entre los juristas prácticos del Estado Zulia. Pero además dejó una honda huella en el ámbito de los estudios jurídicos, en múltiples libros, folletos y revistas, así como estudios de crítica histórica sobre hombres y hechos de la época emancipadora, especialmente sobre Bolívar, Urdaneta y Santander que le valieron su merecida incorporación a la Academia Nacional de la Historia en 1960.

El Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales le ha sido otorgado al profesor de la UCV, Dr. Gabriel Sira Santana por su excelente trabajo **“El Estado de Excepción a partir de la Constitución de 1999”**. El galardonado examina en dicho trabajo la figura del estado de excepción como una técnica constitucional prevista para la preservación del Estado de Derecho en caso de circunstancias excepcionales, temporales y extraordinarias. El autor da cuenta de cómo hoy dicha técnica ha sido distorsionada para volver la Constitución en un instrumento de destrucción, paradójicamente, de la propia Constitución.

Igualmente, se otorgó mención de honor al trabajo **“La República Popular China y sus relaciones con Venezuela”**, presentado por los profesores Natalia Sofia Boza Scotto y Emilio Sposito Contreras.

Finalmente, el **PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES**, para Estudiantes, tiene como epónimo al Dr. Luis Cova García, eminente jurista quien dedicó su vida al estudio y ejercicio del derecho penal y a la criminología, habiendo producido una vasta obra sobre la materia. Luis Cova García fue el padre de nuestro querido y admirado colega académico, ex presidente de esta Corporación, Dr. Luis Cova Arria.

El **PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES, Para Estudiantes** correspondiente al período 2017-2018 ha sido otorgado al bachiller José Rafael Gamero, quien participó bajo el seudónimo de Nemesio La Cruz por el trabajo intitulado: **“Los por menores en la negociación bilateral entre Venezuela y Guyana para un arreglo práctico a la controversia territorial desde el acuerdo de Ginebra hasta el Protocolo de Puerto España”**. El trabajo galardonado constituye una investigación que sigue una metodología rigurosa. Versa sobre un tema de gran significación para Venezuela que explica en detalle la evolución de la cuestión de nuestra reclamación sobre el territorio del Esequibo. Igualmente, de mucha actualidad por la reciente demanda de la República Cooperativa de Guyana ante la Corte Internacional de La Haya en pretendida confirmación de la validez legal y del efecto vinculante del laudo arbitral de 1899 con respecto a la frontera entre ambos países.

Igualmente, se otorgó MENCIÓN DE HONOR al bachiller Giancarlo Carranza, quien participó bajo el seudónimo de Martín Cazador, por el trabajo intitulado: **“Venezuela ante las numerosas reclamaciones en el sistema de resolución de disputas Inversor-Estado”**. Se trata de un trabajo sobre un tema de actualidad del Derecho Internacional de Inversiones. Incluye una valiosa apreciación de la evolución que ha experimentado el sistema jurídico de protección de las inversiones internacionales en Venezuela.

Para esta Corporación es una auténtica satisfacción observar que la labor de los juristas venezolanos no ha decaído en estos tiempos menguados para el Derecho y para la democracia. Este es un acto que reafirma nuestra misión: 22 trabajos presentados en los tres Certámenes dan cuenta de la valía de los investigadores venezolanos, del empeño serio, riguroso y respetable por presentar estudios científicos de importancia, especialmente en tiempos en que el descarrío del poder, las falencias jurídicas y el déficit democrático, exigen de los juristas prácticos, de los docentes investigadores y de los jóvenes en formación, un decidido compromiso argumentativo por dar más y mejores razones a favor de la democracia, para que el Derecho evolucione y se perfeccione para alcanzar esos fines sociales que todos reputamos como valiosos.

Para finalizar solo nos resta agradecer a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, por su indetenible empeño civilizador para impulsar el progreso de las Ciencias de su especialidad. Igualmente agradecemos a todos los participantes en estos certámenes por seguir creyendo y teniendo fe en el derecho **“...como el mejor instrumento para la convivencia humana”**. También las gracias a los académicos miembros de los jurados de los Premios por su valioso tiempo y apoyo en estas tareas. Finalmente, gracias muy especiales por su generosidad a las familias de los profesores Carlos Alberto Urbaneja, Angel Francisco Brice y Luis Cova García como patrocinantes de los premios en efectivo que han servido para dotar los certámenes de investigación. Por supuesto, una cordial y calurosa enhorabuena a todos los galardonados de hoy.

Muchas gracias.

Caracas, 4 de diciembre de 2018

**LECTURA DEL VEREDICTO
PREMIO *"DR. ÁNGEL FRANCISCO BRICE"*
POR EL DR. JOSÉ ANTONIO-MUCI,
MIEMBRO DEL JURADO.**

Quienes suscriben, José Antonio Muci Borjas, Enrique Urdaneta Fontiveros y Eugenio Hernández-Bretón, Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, integrantes del jurado especial designado para decidir el “PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES PARA PROFESIONALES 2017-2018, DR. ÁNGEL FRANCISCO BRICE”, siendo la oportunidad para emitir el correspondiente veredicto, lo hacen previas las siguientes consideraciones:

I.- En atención a las Bases del Certamen para optar al referido Premio, fueron sometidos a la consideración del jurado los siguientes trabajos:

Autor	Título
ALEJANDRO J. RODRIGUEZ MORALES	CRÍMENES INTERNACIONALES Y RESPONSABILIDAD ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
EMILIO URBINA MENDOZA	EL DERECHO URBANÍSTICO EN VENEZUELA 1946-2018
GABRIEL SIRA SANTANA	EL ESTADO DE EXCEPCIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.999
JOSE G. SALVUCHI SALGADO	EL ESTADO EMPRESARIO EN EL RÉGIMEN SOCIO ECONÓMICO VENEZOLANO
ALEJANDRO GONZALEZ VALENZUELA	EL PROCESO DE FALSEAMIENTO IDEOLÓGICO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.999

Autor	Título
FERNANDO M. FERNANDEZ	GENOCIDIO Y OTROS CRÍMENES ATROCES
NATALIA SOFIA BOZA SCOTTO, EMILIO SPÓSITO CONTRERAS	LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA Y SUS RELACIONES CON VENEZUELA

II.- Después de constatar los requisitos formales para la admisión de las siete (7) obras referidas y luego de la lectura individual por parte de los integrantes del jurado de cada una de las mismas, habiendo debatido con amplitud sobre los méritos de cada una de las mismas, y sin menoscabo de la calidad de las otras obras participantes, el jurado decidió, por unanimidad, otorgar el Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice", al trabajo "El, ESTADO DE EXCEPCIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.999", cuyo autor es Gabriel Sira Santana. Sin hacerse solidario con los criterios expresados en el trabajo galardonado, el jurado reconoce que dicho trabajo constituye un amplio y detallado estudio de un tema de urgente actualidad, muy bien documentado, suficientemente soportado según los usos académicos convencionales, con clara formulación y fácil prosa, que examina con rigurosidad la distorsión de la figura del estado de excepción.

III.- De igual manera, el jurado decidió por unanimidad, otorgar Mención de Honor al trabajo "LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA Y SUS RELACIONES CON VENEZUELA", cuyos autores son Natalia Sofia Boza Scotto y Emilio Spósito Contreras. Sin hacerse solidario con los criterios expresados en el mismo, el jurado expresa que dicho trabajo versa sobre un tópico escasamente tratado y suministra muy importante información acerca del sistema jurídico de la República Popular China, en especial en lo tocante a la contratación internacional, así como en lo que respecta al correlativo endeudamiento del Estado venezolano.

IV- El autor galardonado con el Premio y los autores que han merecido la Mención de Honor conservarán sus respectivos derechos de autor sobre sus correspondientes obras, salvo en lo que respecta a una única edición que resolviere ordenar efectuar a su solo arbitrio la Academia, bien en texto separado, o bien en Boletín o en cualquiera de las colecciones de obras de su fondo editorial.

El Premio y la Mención de Honor serán entregados a los galardonados en sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En fe de lo anterior suscribimos el presente veredicto, en Caracas, diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018).

José Antonio Muci Borjas
Individuo de Número

Enrique Urdaneta Fontiveros
Individuo de Número

Eugenio Hernández-Bretón
Individuo de Número

**SEMBLANZA
DEL DR. ÁNGEL FRANCISCO BRICE
A CARGO
DEL DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

El Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales le ha sido otorgado al profesor Gabriel Sira Santana por su excelente trabajo “El Estado de Excepción a partir de la Constitución de 1999”. En dicho trabajo examina el galardonado cómo la figura del estado de excepción prevista para la preservación del Estado de Derecho en caso de circunstancias excepcionales, temporales y extraordinarias, ha sido distorsionada para volver la Constitución un instrumento de destrucción de la propia Constitución. El trabajo del profesor Sira Santana está ampliamente documentado, muy bien escrito y suficientemente razonado. No hubo dudas por parte de los miembros del Jurado en otorgarle el Premio de manera unánime. Y la mejor prueba de lo riguroso del trabajo premiado será la aceptación con que la comunidad jurídica venezolana habrá de recibir este libro una vez que se ponga en circulación. Esa será la prueba más objetiva de la decisión del Jurado que me correspondió coordinar y la forma de control de nuestra decisión dictada en ejecución del mandato que nos diera la plenaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

El profesor Sira Santana fue mi alumno en la UCV, de donde egresó con las más altas calificaciones y primero en su promoción de abogados. En esa misma casa de estudios ha cursado exitosamente estudios de especialización y allí dicta clases. Es, sin duda, un muy destacado jurista y hombre íntegro, como los que nos hacen falta.

Los miembros del Jurado, también por unanimidad, decidieron otorgar la mención de honor al trabajo “La República Popular China y sus relaciones con Venezuela”, presentado por los profesores Natalia Sofía Boza Scotto y Emilio Spósito Contreras. Además de brindar importante información acerca del ordenamiento jurídico chino, el trabajo revela jurídicamente el tema clandestino del endeudamiento venezolano frente al imperio chino; endeudamiento perpetrado al margen de

cualquier control público. Es un trabajo cuya divulgación es obligatoria. Los profesores Boza Scotto y Spósito Contreras son distinguidos egresados de la UCV y profesores de esa universidad y de la Universidad Monteávila. Ambos fueron mis alumnos en los cursos de doctorado en Derecho de la UCV y desde ese tiempo han estado estudiando el tema chino y su repercusión en Venezuela. El país ha llevado a ambos a pasar una temporada en el extranjero. Esperemos su pronto retorno, pues son cerebros valiosos para el país. Estoy orgulloso de haber podido servir en el proceso de formación de tan valiosos profesionales.

Corresponde ahora en lo personal agradecer a la Academia por esta honrosa designación para evaluar los trabajos presentados al certamen, así como a los miembros del Jurado con quienes compartimos dicha responsabilidad: los individuos de número profesores Enrique Urdaneta Fontiveros y José Antonio Muci Borjas.

El Premio para Profesionales de este año tiene como epónimo al doctor Ángel Francisco Brice, orgullo de la zulianidad, pues nació en Maracaibo "a las dos de la tarde del día miércoles 3 de octubre de 1894". Estudió en Mérida, para luego ejercer en su ciudad natal, donde dirigió la Escuela de Ciencias Políticas, siendo factor fundamental del altísimo nivel científico y profesional que lograron los abogados del estado Zulia. También fue Presidente del Colegio de Abogados de su estado natal y gran promotor de los congresos nacionales de abogados venezolanos. Durante años fue Gerente del Departamento Legal de la Creole Petroleum Corporation. Fue un abogado enamorado de su profesión y de su gremio. Desde 1944 ejerció su profesión en Caracas. Llevó a cabo una muy reconocida labor docente en Maracaibo dictando clases de varias asignaturas incluyendo las de Derecho Mercantil, Derecho Penal y Derecho Administrativo y Leyes Especiales. En la UCAB fue profesor de Derecho Procesal Civil. Fue respetado y admirado por sus alumnos y por sus colegas. Publicó numerosos trabajos jurídicos, pero en particular fueron los temas de la ética del abogado los que marcaron más hondamente sus preocupaciones. Fue electo individuo de número de esta Academia en sesión de 16 de noviembre de 1946. Como Presidente de la misma le correspondió dirigir las celebraciones del quincuagésimo aniversario de su fundación realizadas en 1965. Fue un gran venezolano y como tributo a su obra y a sus destacados servicios a esta Academia,

los individuos de número acordaron luego de su fallecimiento en Caracas el 14 de mayo de 1969, la colocación de su busto en mármol a la entrada de este salón de sesiones. Es el nombre de este "abogado, jurista y académico", como lo llamó el académico doctor Darío Parra en su discurso en el acto de descubrimiento de dicho busto, el que da aún más prestigio al Premio que hoy engalana a los ganadores del mismo.

Finalmente, quiero expresar en nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y en el mío propio, el más sincero agradecimiento a los descendientes de la familia Brice-Medrano, especialmente a mi admirado y respetado colega el abogado Ricardo Chirinos, quien sigue las exitosas huellas de su bisabuelo, por su generosidad al haber aportado los recursos necesarios para hacer de este el Premio el mejor dotado del país en materia de Ciencias Políticas y Sociales.

Muchas gracias a los familiares del doctor Ángel Francisco Brice Rubio y muchas felicitaciones a los muy merecidos ganadores del Premio para Profesionales 2017-2018.

**PALABRAS
DEL ABOG. GABRIEL SIRA SANTANA,
GANADOR DEL PREMIO
"DR. ÁNGEL FRANCISCO BRICE",
MENCIÓN PROFESIONALES POR SU TRABAJO
*"EL ESTADO DE EXCEPCIÓN A PARTIR
DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999"*.**

«UN HORIZONTE POSIBLE»

I

Doctor GABRIEL RUAN SANTOS, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y demás miembros de la Junta Directiva. Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Familiares, amigos, señoras y señores:

“Para el Derecho todo terreno es fértil”. Con esta afirmación el Doctor ÁNGEL FRANCISCO BRICE, epónimo del galardón que hoy tengo el honor de recibir, iniciaba sus palabras en la sesión solemne en conmemoración del cincuentenario de esta Corporación.

He querido comenzar del mismo modo, además de en reconocimiento de quien ocupó el Sillón 4 de esta Academia, por ser una frase que lejos de perder vigencia, hoy responde a la interrogante ¿para qué estudiar Derecho en Venezuela, donde el desprecio a Ley parece absoluto?

Confieso que es una pregunta que me han hecho en más de una ocasión, pero la respuesta siempre es la misma: porque si no dejamos constancia de lo que dice la norma jurídica y cómo esta es violentada a través de falsas interpretaciones o su simple desuso, estaremos aceptando que el Derecho es lo que quienes detentan el Poder quiere que sea, independientemente del verdadero espíritu, propósito y razón de sus instituciones. A fin de cuentas, recordemos que uno responde no solo cuando actúa con dolo, sino también cuando media su culpa.

Es por este motivo que cuando en el CIDEP –donde tengo la fortuna de trabajar desde mis años de pasante– me preguntaron si quería dar una charla sobre los estados de excepción a finales de 2015, contesté que sí. Y puedo decir que ese es uno de los “sí” más importantes que he dado a la fecha.

Inició una investigación que luego presentaría en la UCV y la Universidad Monteávila, publicando sus resultados en la Revista de Derecho Público y el libro "El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999". El primero de mi autoría y la base del trabajo premiado por esta Academia.

La intención era clara: mostrar de forma sencilla cómo el concepto del estado de excepción se ha distorsionado, pasando de una figura que pretende "*la vuelta ordenada a la racionalización del poder*" —como dijo la Doctora CECILIA SOSA GÓMEZ, miembro de esta Academia— a un mecanismo para que quien ejerce la Presidencia de la República se abstraiga del control político que corresponde a la Asamblea Nacional.

Como muestra, basta señalar que bajo el amparo de la declaratoria de excepción, el Ejecutivo ha dispuesto de más de cuatro mil millones de dólares de los Estados Unidos de América —a la tasa de cambio oficial DICOM vigente en mayo del presente año, cuando se concluyó el estudio—, sin contar con la anuencia de la Asamblea Nacional como lo exige la Constitución, por ser, según el discurso oficial, fondos requeridos para hacer frente a la crisis en el país.

II

En todo caso, volviendo a los dichos del Doctor ÁNGEL FRANCISCO BRICE, en más de una ocasión él destacó la necesidad de que esta Academia estimulara el espíritu jurídico y el conocimiento del Derecho, como fuerzas deliberantes contra la arbitrariedad y medios para alcanzar todo lo que debe ser justo y equitativo.

No me queda duda que esta Corporación ha cumplido con los designios del Doctor BRICE, por lo que el primero de mis agradecimientos al recibir el mayor reconocimiento al que puede aspirar un estudioso del Derecho en Venezuela, debe ser a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, por promover iniciativas como estas que nos invitan a la discusión de los temas más disímiles de nuestro entorno, como lo demuestran los trabajos presentados para los diferentes premios que hoy otorga.

Asimismo, agradezco al profesor ANTONIO SILVA ARANGUREN, promotor desde el CIDEP de mi desarrollo académico, profesional y docente, y quien forjó el primer eslabón de la cadena que

me trae a este Palacio, al ofrecerme aquella ponencia hace poco más de tres años.

Agradezco también a los profesores JESÚS ESCUDERO, CLAUDIA NIKKEN y EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN, quienes desde sus respectivas cátedras en el pregrado de Derecho de la UCV me invitaron a reflexionar sobre el sentido y alcance de las instituciones jurídicas, sin limitarme a la dúctil voluntad del legislador o los siempre variables criterios jurisprudenciales.

Por último, agradezco a mis padres, cuyos nombres omito para evitar riñas de por qué dije primero uno u otro.

No hay tiempo suficiente para enumerar lo que les debo. No obstante, me quedo con una de sus enseñanzas: el inculcarme desde mi niñez que sí existen imposibles y hay deseos que no podemos materializar... pero, al mismo tiempo, el universo de metas alcanzables se pierde en el horizonte, y depende de cada uno de nosotros trabajar para convertirlas en realidad.

Realidad, como es el haber sido galardonado con el Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, que me complace aceptar.

III

Hemos iniciado nuestra intervención citando al Doctor ÁNGEL FRANCISCO BRICE y concluiremos del mismo modo.

Para el Doctor BRICE, el estudio y la defensa del Derecho garantiza que nuestra persona, bienes y derechos no serán objeto de ataques violentos. Lo mismo podríamos decir de los estados de excepción, por ser una figura nacida no para ignorar el Estado de Derecho, sino salvaguardarlo.

Está en nosotros, desde cada de una de nuestras tribunas, el denunciar las violaciones al ordenamiento jurídico y cómo deben ser comprendidas y reguladas las instituciones que lo conforman, para que, cuando llegue el momento de la "vuelta ordenada" a la legalidad y al respeto de los derechos fundamentales, no tengamos que empezar de cero.

Muchas gracias.

**LECTURA DEL VEREDICTO PREMIO
"DR. CARLOS ALBERTO URBANEJA"
POR EL DR. CÉSAR CARBALLO MENA,
MIEMBRO DEL JURADO.**

Quienes suscriben, Cesar Carballo Mena, Ramón Escovar León y Humberto Romero-Muci, Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, integrantes del jurado especial designado para decidir el “PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES”, “Dr. Carlos Alberto Urbaneja”, para tesis de post-grado y para trabajos de ascenso en el escalafón universitario, correspondiente al período **2017-2018**, siendo la oportunidad para emitir el correspondiente veredicto, lo hacen previas las siguientes consideraciones:

I.- En atención a las Bases del Certamen para optar al referido Premio, fueron sometidos a la consideración del jurado 12 trabajos, identificados a continuación:

Mecanismos de Cooperación Internacional y Asistencia Judicial, su Implementación y Procedimiento en Venezuela a la Luz del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.	Marcos Elías Penott Contreras
La Figura de la Atribución de la Responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penales Internacional y su Compatibilidad con la Constitución de Venezuela.	Thairi Moya Sánchez
El Control Constitucional de las Decisiones Judiciales por parte de la Sala Constitucional.	Rafael Chavero Gazdik
El Registro Mercantil en Venezuela y la Adquisición de la Personalidad Jurídica para el Comerciante Social (años 1952-2001).	Gabriel C. Rodríguez C.

La Capacidad de Ejercicio en los Niños y Adolescentes <Especial referencia al Derecho Español y Venezolano>.	Edison L. Varela Cáceres
El Derecho Procesal Constitucional en el Ejercicio Profesional del Derecho de Don Juan Germán Roscio Nieves en tres Procesos Célebres Comprendidos de 1797 a 1815.	César Simón Pérez Guevara
Mecanismo de Ejecución de las Medidas Cautelares Extranjeras.	Elba Fermín Mata
Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Herramienta Constitucional para el Control al poder en Venezuela	Maiteder Idígoras Londoño
El Sistema de Justicia Constitucional en Venezuela. Una Visión desde un Ángulo Diferente	Jesús J. Ortega Weffé
El Uso del Poder del Presidente en Campaña Electoral a la Reelección en Venezuela	Maria Concepción Molino de Saavedra
La Vigencia Temporal de los Criterios Jurisprudenciales en materia Tributaria	Taormina Cappello Paredes
Orígenes del Sistema Penitenciario Venezolano. Una Visión Histórica y Sistemática	Emil José Niño Rodríguez

II.- Después de constatar los requisitos formales para la admisión de las doce (12) obras referidas y luego de la lectura por parte de los integrantes del jurado de cada una de las mismas, éste declara que cada una de ellas constituye un serio y respetable estudio científico de importancia y de especial valía sobre los temas respectivamente tratados en ellas.

Luego de debatir con amplitud sobre los méritos de cada una de las mismas y sin menoscabo de las cualidades de las once obras restantes, decidió, por unanimidad, otorgar el Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales, "Dr. Carlos Alberto Urbaneja", correspondiente al período 2017-2018, al trabajo **"La Figura de la Atribución de la Responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su Compatibilidad con la Constitución de Venezuela"**, cuyo autor es la Doctora Thairi Moya Sánchez.

Sin hacerse solidario con todas las conclusiones de dicho trabajo, el Jurado destaca que constituye un meritorio esfuerzo de investigación que cumple con una sólida estructura metodológica para el análisis sobre un tema relevante y de máxima actualidad jurídica. El trabajo galardonado contiene profusión de reflexiones sobre los orígenes y el tratamiento del derecho comparado en la atribución de responsabilidad penal internacional por los perpetradores de crímenes internacionales en casos de violación de derechos humanos, con especial énfasis en el análisis y crítica sobre la recepción del Estatuto de Roma en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, el Jurado decidió otorgar 2 **Menciones de Honor** a los trabajos siguientes: (i) **"Mecanismo de Ejecución de las Medidas Cautelares Extranjeras"**, cuyo autor es la abogada Elba Fermín Mata; (ii) **"El Registro Mercantil en Venezuela y la Adquisición de la Personalidad Jurídica para el Comerciante Social (años 1952-2001)"**, cuyo autor es el abogado Gabriel C. Rodríguez C.

III.- De igual manera, el jurado quiere expresar su especial satisfacción por la labor de investigación y contenido de los 12 trabajos presentados al certamen, en la certeza de que cada uno de ellos constituye un sobresaliente aporte a la bibliografía jurídica nacional.

IV- La autora galardonada con el Premio y los autores merecedores de Mención de Honor conservarán sus derechos de autor sobre sus respectivas obras, salvo en lo que respecta a una única edición que resolviera ordenar efectuar a su solo arbitrio la Academia, bien en texto separado, o bien en su Boletín Electrónico o en cualquiera de las colecciones de obras de su fondo editorial.

El Premio y las Menciones de Honor serán entregados a los galardonados en sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En fe de lo anterior suscribimos el presente veredicto, en Caracas, a los diecisiete de junio de dos mil dieciocho.

Cesar Carballo Mena
Individuo de Número

Ramón Escovar León
Individuo de Número

Humberto Romero-Muci
Individuo de Número

**PALABRAS DEL DR. RAÚL ARRIETA
EN REPRESENTACIÓN
DE LA DRA. THAIRI MOYA SÁNCHEZ,
GANADORA DEL PREMIO
DR. CARLOS ALBERTO URBANEJA,
MENCIÓN TESIS DE POST-GRADO Y PARA
TRABAJOS DE ASCENSO EN EL ESCALAFÓN
UNIVERSITARIO, POR SU TRABAJO
"LA FIGURA DE LA ATRIBUCIÓN
DE LA RESPONSABILIDAD ESTABLECIDA
EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL Y SU COMPATIBILIDAD
CON LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA".**

Apreciados y distinguidos señores Académicos, Señoras y Señores:

Para mí es un gran honor celebrar con ustedes el haber sido galardonada con el Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Dr. Carlos Alberto Urbaneja”. Agradezco profundamente que mi trabajo titulado: *“La Figura de la Atribución de la Responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su Compatibilidad con la Constitución de Venezuela”*, sea considerado como un aporte especial. Igualmente, deseo agradecer al jurado por su especial deferencia, así como a mi familia, amigos, profesores y a mi tutor, Dr. Raúl Arrieta, por haberme acompañado durante este camino.

Se preguntarán los motivos que me llevaron a elegir este tema, las razones son las siguientes: desde pequeños nos enseñan el significado de la palabra “responsabilidad”. No obstante, en algunos casos y a medida que se alcanzan posiciones de poder, muchos olvidan sus orígenes y las enseñanzas que recibieron; en general, olvidan los principios y valores que deben regir en cada acto que realicemos sin importar lo más pequeño que sea.

Tal como se puede ver en la obra ‘Castellio contra Calvino’, a veces hasta los más humanistas cuando llegan al poder son capaces de aniquilar a sus adversarios y en la mayoría de los casos, el débil se desquita aplastando a quién es todavía más débil.

Estas afirmaciones tomaron más fuerza cuando el 11 de abril de 2002 se suscitaron los terribles hechos que ya todos conocemos, para esa fecha yo me encontraba cursando mis estudios en la escuela de Derecho de la UCV. Fue obvio como el poder se levantó contra el más débil y de que efectivamente existe una débil frontera entre el exceso de poder y la tiranía, situación que estamos viviendo ahora, por lo que sobran las palabras para describir los últimos acontecimientos en nuestro país.

Desde los múltiples hechos que comenzaron a ocurrir desde esa fecha y al ver el funcionamiento de los diferentes poderes y la supuesta aplicación de la ley, me llevó a cuestionar el estado de derecho de nuestro país y levantar la mirada hacia el Derecho Internacional y a la historia, en la búsqueda de casos familiares, para ello me fui a realizar una Maestría en Inglaterra, becada por el gobierno británico. Allí comencé a encontrar muchas respuestas, en especial como fue el camino de maduración legal de los países que habían enfrentado los más duros conflictos de la historia.

Es por ello que partiendo de la máxima de que “un gran poder conlleva a una gran responsabilidad” se comenzó a mover mi principal motor para iniciar esta investigación. Debo admitir, que en mi mente siempre estaba el pensamiento ¿por qué hay sociedades que logran alcanzar todo lo que quieren? ¿Por qué hay países que sí logran juzgar a todo aquel jerarca que ostenta el poder y ha violado la normativa nacional? ¿Es qué siempre nos dominará el engaño y la corrupción? Estas preguntas las seguí madurando mientras realizaba mi Doctorado, en la UCV, la casa que vence las sombras, y debo destacar que habían ‘muchas sombras’ que vencer, en medio de esta investigación encontré una primera respuesta, lo que nos lleva al primer punto de este discurso: ‘la responsabilidad personal’, todos estos países de avanzada tenían definido –claramente– inclusive desde antes del Estatuto de Roma, como debían ser sancionados todos aquellos que abusasen de su poder para cometer cualquier tipo de delitos, alcanzando a los crímenes de carácter internacional. Al momento de hacer la comparación, comencé a encontrar que en nuestra normativa, de uno u otra forma, se protegía mucho a quien ostentaba el poder. Tal vez pueda ser debido a nuestros orígenes caudillistas. Comprendí que todos estos funcionarios, sin importar su grado, deben tener limitaciones durante su jefatura y que en el caso de violaciones de DDHH o la comisión de los más graves crímenes internacionales debían ser responsabilizados.

Confieso, que me enfurecía cuando escuchaba que la ‘orden’ de un superior daba derecho a malograr e inclusive desaparecer la vida de muchos, en pocas palabras que una orden fuese más valiosa que la vida de un ser humano. Me preguntaba, ¿Por qué tanta pleitesía con el poder cuando se trata de violentar personas? Es cierto que en Venezuela,

logramos avances incuestionables en la protección de los derechos de nuestros ciudadanos. Sin embargo, seguíamos viendo atropellos y violaciones reiteradas a los derechos humanos. Siempre responsabilizábamos al Estado venezolano, esa figura ficticia creada por el Derecho Internacional Público, dejando de lado que son personas, de carne y hueso quienes ejecutan esas acciones y/o crímenes. ¿Por qué no tendrían que pagar ellos? En pocas palabras, comencé a cuestionar todo el sistema vigente en nuestro país.

Es por ello que mi tesis la dediqué a investigar esta temática, realicé un acercamiento a los diferentes tipos de responsabilidades, reflexionando sobre todas las esferas de poder y como se podía establecer la responsabilidad de los que dirigen el poder, a pesar de que éstos no apareciesen en la escena del crimen.

Repasé el establecimiento de las autorías desde los altos mandos hasta llegar a los mandos de menor rango, observando inclusive las actuaciones de grupos subversivos, para lograr esta finalidad analicé la historia, evolución y aplicación actual del derecho internacional penal. Igualmente, comparé la participación de los funcionarios públicos en la comisión de los crímenes internacionales, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia de los tribunales internacionales. Finalmente, repasé la identificación del superior *de iure* y *de facto*, civil, militar y de grupos subversivos, así como la responsabilidad activa, pasiva y la emisión de órdenes.

Concluí que es necesaria y vital la modernización del Código Penal, del Código Orgánico de Justicia Militar, las leyes pertinentes a las fuerzas armadas así como aquellas relacionadas a los cuerpos de seguridad. No creo en la multiplicidad de Códigos, en esta materia, sino en la modernización, consolidación y fortalecimiento de la normativa nacional existente.

Es por todo esto que deseo, que este trabajo sirva como base para actualizar nuestro sistema legal nacional y lograr así que se alcance la justicia en todos aquellos casos en donde, por ahora, la infamia ha dominado.

Todo tiene su final pero siempre con la ayuda de la buena voluntad se podrá poner fin a las injusticias, para así honrar la memoria de los caídos, de aquellos que están siendo objeto de las más crueles

vejeciones y ayudar a sanar las heridas de toda la sociedad en general porque todos hemos sido víctimas, en alguna manera, de una serie de políticas de segregación y violatorias a la dignidad de los seres humanos. Sin embargo, a pesar de las circunstancias no podemos olvidar que con la aplicación de la justicia, reposando en el derecho y sin ensañamiento lograremos alcanzar una sociedad más justa, libre de tiranías.

Muchas gracias por su atención.

**LECTURA DEL VEREDICTO PREMIO
"DR. LUIS COVA GARCÍA"
POR EL DR. LUCIANO LUPINI BIANCHI,
MIEMBRO DEL JURADO.**

Quienes suscriben, JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE y LUCIANO LUPINI BIANCHI, individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, integrantes del jurado especial designado para el PREMIO ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES “DR: LUIS COVA GARCÍA” PARA ESTUDIANTES, correspondiente al período 2017-2018, siendo la oportunidad para emitir el VEREDICTO, lo hacen previas las consideraciones siguientes:

- a) En atención a las Bases del Certamen para optar al referido Premio, fueron sometidos a la consideración del Jurado los trabajos siguientes:
 - a. *Guía del libro cosas, bienes y derechos reales de José Luis Aguilar Gorrondona*, presentado bajo el seudónimo de Pipoya;
 - b. *Los por menores en la negociación bilateral entre Venezuela y Guyana para un arreglo práctico a la controversia territorial desde el acuerdo de Ginebra hasta el Protocolo de Puerto España*, presentado con el seudónimo de Nemesio La Cruz.
 - c. *Venezuela ante las numerosas reclamaciones en el sistema de resolución de disputas Inversor-Estado* presentado con el seudónimo de Martín Cazador.
- 1) Después de constatar los requisitos formales para la admisión de los trabajos mencionados, y luego de su lectura por parte de los integrantes del jurado, éste manifiesta su reconocimiento al esfuerzo de todos los concursantes por

los trabajos presentados, lo cual resalta la importancia y significación del premio y su efecto de estímulo para la investigación. Luego de debatir con amplitud sobre los méritos de los mismos, y sin menoscabo de las cualidades de las obras restantes decidió, por unanimidad, otorgar el PREMIO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES PARA ESTUDIANTES correspondiente al período 2017-2018 al trabajo titulado: *Los por menores en la negociación bilateral entre Venezuela y Guyana para un arreglo práctico a la controversia territorial desde el acuerdo de Ginebra hasta el Protocolo de Puerto España*, del autor que utiliza el seudónimo de Nemesio La Cruz. El trabajo galardonado constituye una investigación que sigue una metodología rigurosa y que versa sobre un tema de gran significación para Venezuela porque explica en detalle la evolución de la cuestión de la reclamación del Esequibo y es de mucha actualidad por los recientes acontecimientos por virtud de los cuales Guyana pretende llevar la cuestión a la Corte Internacional de La Haya. En suma, se trata de un trabajo que constituye un valioso aporte a la bibliografía jurídica y política de Venezuela.

- 2) Igualmente, decidió otorgar MENCIÓN DE HONOR al trabajo titulado: *Venezuela ante las numerosas reclamaciones en el sistema de resolución de disputas Inversor-Estado* presentado con el seudónimo de Martín Cazador. Se trata de un trabajo valioso y muy bien desarrollado, desde el punto de vista metodológico. Su contenido reviste particular importancia por el análisis que hace de un tema de actualidad del Derecho Internacional de Inversiones y la apreciación de la evolución negativa que ha experimentado el sistema jurídico de protección de las inversiones internacionales en Venezuela, pasando de un régimen que protegía razonablemente las mismas, a uno que pareciera serle hostil. La amplia bibliografía e

investigación documental confirman el esfuerzo del autor y corroboran la calidad de su trabajo.

- 3) El autor galardonado con el Premio y el autor merecedor de la Mención de Honor conservarán sus derechos sobre sus respectivas obras, salvo en lo que respecta a una única edición que resolviere ordenar efectuar a su sólo arbitrio la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, bien en texto separado, o bien en su Boletín o en cualquiera de las colecciones de obras de su fondo editorial.
- 4) El Premio y la Mención de Honor serán entregados a las galardonadas en sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En fe de lo anterior, suscribimos el presente Veredicto, en Caracas, a los trece días del mes de julio de 2018.

Julio Rodríguez Berrizbeitia,
Individuo de Número

Henrique Iribarren Monteverde
Individuo de Número

Luciano Lupini Bianchi
Individuo de Número

**SEMBLANZA DEL DR. LUIS COVA GARCÍA
A CARGO DEL DR. LUIS COVA ARRIA,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

SEMBLANZA DE LUIS COVA GARCIA

Por Luis Cova Arria



EL PERSONAJE Y SU FAMILIA

Luis Cova García, nació en Carúpano, Estado Sucre, el 02 de agosto de 1909, en los inicios del siglo XX y de la larga dictadura de Juan Vicente Gómez. Sus padres fueron el General Nicasio Cova Márquez e Inés María García de Cova, ambos también oriundos de Carúpano. El General Nicasio Cova Márquez, había ganado su grado militar en la guerra de la Federación, al lado del General Juan Crisóstomo Falcón. Era hijo de Don Carlos Cova Baldes y María de los Ángeles Márquez. Don Carlos, a su vez, era hijo de Lorenzo de la Cova y María Baldes

de la Cova. El “de la Cova”, de Lorenzo de la Cova, no lo usaron sus descendientes, entre ellos su Padre, y, sólo usaron el “Cova”. Lo que se dice, es que por la eliminación de todos los títulos nobiliarios que se decretó cuando se declara la independencia de Venezuela del Reino de España y se adopta el sistema republicano para la nueva nación, todas esas “de la”, delante de los apellidos, que se consideraban de origen nobiliario, fueron eliminados de los mismos.

La madre de Luis Cova García, Inés María García de Cova, era hija del comerciante y hacendado de Carúpano, Federico Meneses Russo, quien la tuvo con María García. Federico Meneses Russo, a su vez, era hijo de José Francisco Meneses y Anastasia Russo de Meneses.

El General Nicasio Cova Márquez se había casado en primeras nupcias con Basilisa Morales Rodríguez, con quien había procreado doce hijos y, ya viudo y a una edad avanzada, se casó con la joven adolescente Inés María García.

Luis Cova García, fue el penúltimo hijo del segundo matrimonio del General Cova Márquez, habiéndose, por ello, quedado huérfano de padre a temprana edad. Aparentemente, fueron los hijos del primer matrimonio del General Nicasio Cova Márquez, los Cova-Morales, ya hombres y mujeres adultos cuando muere, los que tuvieron mejor condición para permanecer y disfrutar de unas propiedades y haciendas que tenía el general Cova Márquez, cerca de Carúpano. Por lo contrario, fueron, para los hermanos Cova-García, años duros, pues siendo muy niños tuvieron que salir a la calle a vender dulces que hacía su madre Inés María García de Cova-Márquez.

El hermano mayor del matrimonio Cova-García, Ramón, ante esa situación difícil que estaban pasando, se alistó al ejército creado por el General Juan Vicente Gómez, en la segunda década del siglo XX, viniéndose al centro del país, y, en la ciudad de Valencia casó con María Hercilia Rey Zozaya. Luego, decidió traerse para que continuaran sus estudios, a sus cuatro hermanos varones, Cova-García: Antonio, Pablo, Luis y Eusebio. Aquí estudiaron, desde la adolescencia, escogiendo Antonio la carrera militar, Pablo y Luis, la carrera de abogados y el último, Eusebio, primero el sacerdocio, que luego abandonó por la docencia. Sus dos hermanas, Teotiste y Cruz se quedaron en Carúpano, donde se casaron y formaron sus familias.

Luis y Pablo, al llegar a Caracas, comienzan sus estudios de secundaria en el liceo San José de Los Teques, continuando sus estudios de derecho en la Universidad Central de Venezuela, donde, Luis, obtiene el grado de Doctor en Ciencias Políticas el 27 de julio de 1935.

Luis Cova García, conoce luego de su graduación, a Obdulia Ilba Arria Herrera, (a quien llamaban “Yuya”). Ella, era también hija de militar, pero de la marina, el Capitán Enrique José Arria Urdaneta, de Maracaibo, y, de Carmen Leonor Herrera Ferrer, de Puerto Cabello. El Capitán Arria-Urdaneta, era descendiente del General Rafael José Urdaneta Farías, prócer de la Independencia de Venezuela y, según muchos historiadores, el más leal de todos los leales a Simón Bolívar, y sexto presidente de la Gran Colombia.

Luis y Obdulia Ilba, quien era conocida por todos como “Yuya”, contraen matrimonio el 23 de diciembre de 1936. A su matrimonio asiste el Presidente Isaías Medina Angarita, pues su hermano mayor, Ramón, ya Coronel del Ejército, era uno de sus edecanes. “Yuya”, fue para Luis Cova García, además de su legítima esposa, su mecanógrafa, su secretaria particular, su choferesa - porque nunca aprendió a manejar automóviles- y, su traductora, pues hablaba perfectamente el inglés y el francés y, lo ayudaba en la traducción de libros, artículos y revistas en esos idiomas, que le eran útil en sus investigaciones y trabajos jurídicos.

Luis y “Yuya”, tuvieron cuatro hijos, Luis, Ramón, Maia e Inés, los cuales levantaron, criaron y educaron con amor y esmero. Así, procuraron que tuvieran una excelente educación, cursando los varones estudios secundarios en el Liceo de Aplicación, y las hembras, en el Colegio “San José de Tarbes” de El Paraíso. Todos obtuvieron títulos universitarios: Luis, abogado; Ramón, (fallecido en el 2010), médico neurocirujano; Maia, abogada; e Inés, administradora. Sus hijos, se casaron con Moraima Franco de Cova, Maritza Oráa de Cova, César Mendoza (fallecido) y Juan Carrillo Martínez. De las uniones conyugales de sus hijos, tuvo catorce nietos: Luis Leopoldo, Halvor Enrique, Luis Humberto, Moraima Elvira, Henrique Ramón, Mary Anna, César Enrique, María Alexandra, María Eugenia, Yuya Alicia, Juan Luis, Luis Eduardo, María Inés y Andreina. A estos nietos se suman una gran y querida descendencia de bisnietos.

JURISTA, CRIMINÓLOGO, PERIODISTA Y CÓNSUL.

Luis Cova García, después de graduarse de abogado, se inscribe en el Colegio de Abogados del Distrito Federal. A finales del año 1935 es designado Magistrado de la Corte Suprema del Estado Bolívar. A comienzos de 1936, se traslada a Valencia, con el cargo de Juez de los Municipios Urbanos de esa Ciudad, para luego en 1937 ser designado, Fiscal del Ministerio Público en el Estado Yaracuy. Posteriormente, a comienzos de 1938 se traslada a Caracas, dedicándose al libre ejercicio de su profesión de abogado, en forma ininterrumpida, habiendo sido asesor del Ministerio Público, y varias veces Juez asociado de los Tribunales del Distrito Federal.

Durante su ejercicio profesional, ejerció algunos cargos docentes, como fueron Sub-Director del Colegio Federal de Ciudad Bolívar (1935) y, Director del Colegio Federal de Valencia, luego re-nombrado, Colegio Pedro Gual (1936).

Conjuntamente con el ejercicio de la abogacía, se dedicó a publicar artículos, donde expresaba su opinión en tópicos tantos jurídicos como de naturaleza diversa, en los diarios caraqueños “La Esfera”, “El Nacional”, “El Universal” y, el vespertino “El Mundo”.

Fue Luis Cova García, Miembro Correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Miembro de la Sociedad Internacional de Criminología, Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Asesor Técnico de la Dirección de Justicia del Ministerio de Relaciones Interiores en Materia Penitenciaria, Miembro de la Sociedad de Ciencias Criminales y Medicina Social de Tucumán (República Argentina), Ex -Asistente de los Cursos de Derecho Penal de la Universidad de la Plata (República Argentina) y, Consultor Jurídico de la Asociación de Escritores Venezolanos.

Asistió, como miembro de la Sociedad de Criminología Internacional y de la Asociación Internacional de Derecho Penal, a numerosos Congresos internacionales en la materia, a saber: Paris (1950); Atenas (1957); Roma (1967) y Madrid (1970).

Luis Cova García, también se dedicó a la docencia universitaria, siendo Profesor Ayudante del Seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

En 1973, fue designado Cónsul General de Venezuela en Sao Pablo, Brasil, cargo que ejerció hasta 1975.

SUS OBRAS

Luis Cova García, dedicó su vida al estudio y ejercicio del derecho penal y a la criminología, habiendo producido una vasta obra sobre dicha rama del derecho.

Entre ella tenemos:

- *“Elementos generales de derecho penal venezolano”*. (Caracas, Lit. y Tip. Vargas, S.A., 1945), donde hace un análisis general del mismo.
- *“El homicidio y notas de la Casación venezolana.”*, 1951.
- *“Homicidio con jurisprudencia de Casación y doctrina extranjera.”* Madrid-Caracas, Jaime Villegas, editor, 1952.
- *“El trastorno mental transitorio y el Código Penal venezolano”*, 1957.
- *“Grafología, iridología y odontología legal para el estudio de los factores criminógenos en Venezuela”*, 1948.
- *“La intervención del Juez Penal en la ejecución de la pena.”* 1952, mayo-junio de 1963.
- *“La responsabilidad penal de los médicos. Tesis médico legal de responsabilidad de los anestésicos. Imprudencia, negligencia e impericia que sanciona el Código Penal.”* 1949.
- *“Organización científica y legal de la colonia móvil San Juan de los Morros,”* 1954.
- *“Proyecto de ley de régimen de ejecución de la pena. Es o no es eficaz la pena de muerte para la extinción del delito,”* Caracas, Tip. Americana, 1949.
- *“Reformas del Derecho Penal Venezolano. El problema sexual en las prisiones. Diversas maneras de resolver el complejo sexual en las prisiones”*, 1937.
- *“Dogmática Jurídico Penal”*, una exposición y crítica a las conferencias del profesor español, Luis Jiménez de Asúa, en Caracas, en el año 1945, con prólogos de Hugo Rosales, J. M. Hernández Ron y del mismo Luis Jiménez de Asúa, quien

se había desempeñado como vicepresidente del Congreso de los Diputados de España y representante de ese país ante la Sociedad de Naciones, pero que durante la dictadura franquista, se había exilado en Argentina, donde continuó su carrera docente en la Universidad Nacional de La Plata y **en la Universidad Nacional del Litoral**, dirigiendo el Instituto de Derecho Penal y Criminología **de la Universidad de Buenos Aires y la Revista del mismo nombre. De la relación académica que iniciaran en la Universidad de La Plata, entre Jiménez de Asúa y Cova García**, surgió la invitación de aquel, para dar unas conferencias en Caracas, en diciembre de 1944 y mayo de 1945. Producto de esas conferencias, es el libro de Cova García, antes mencionado.

- *“Proyecto de Ley de Régimen de Ejecución de la Pena: es o no es eficaz la pena de muerte para la extinción del delito?”* Este trabajo de Cova García, le sirvió de base a su discurso de incorporación como miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Diversos artículos y comentarios de sentencias sobre derecho penal y temas generales, publicados en revistas especializadas, como, Criminalia, en México; Revista de Estudios Penitenciarios, del Ministerio de Justicia de España; Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires.

Finalmente, hay que destacar su libro histórico-sociológico, “El bandolerismo en Venezuela” (Talleres Penitenciarios Alcalá de Henares, España, 1955), el cual lo cataloga, como un estudio psicológico, antropológico, psiquiátrico y social del bandolero venezolano que actuó como caudillo en nuestras guerras civiles. Dice Cova García que escribió ese libro *“después de haber llegado a la convicción plena de que nuestras guerras civiles que se iniciaron en el siglo XIX y la primera década de este siglo (se refiere al XX), fue el caldo de cultivo de una serie de bandoleros rurales que llevaron el pomposo título de <<caudillos>>, pero que en realidad no tuvieron otro horizonte que el de matar, robar, destruir y violar, acabando así gran parte de nuestra propiedad inmobiliaria y ganadera en ciudades que fueron próspera y ricas, como sucedió con San Carlos, Barinas, Guanare, etc.”*

SU LEGADO

Su perseverancia, su esfuerzo continuo por el desarrollo del derecho penal y la criminología, se refleja en sus obras y, es el legado que ha dejado a la comunidad jurídica venezolana.

También, Luis Cova García, fue un amante de la vida. Todos los años, en los meses de agosto y septiembre, viajaba con su querida “Yuya”, a Europa, especialmente a Madrid, donde comenzaban y terminaban sus viajes al viejo continente. Allí disfruto de sus tascas, sus tablados, sus teatros, sus corridas de toros, no sin dejar de visitar profesores amigos quienes como él eran estudiosos y amantes del derecho penal y de la criminología.

De 69 años de edad, estando lleno de vida y en una plena actividad profesional e intelectual, el veinte y dos de enero de 1978, Luis Cova García, fallece en Caracas en forma intempestiva, como consecuencia de un infarto, paradójicamente, el mismo día en que “El Universal”, publicaba uno de sus artículos. Para esa fecha, los ya también fallecidos académicos, Víctor M. Álvarez, Eloy Lares Martínez y Edgar Sanabria, habían avalado su postulación para ingresar como miembro de número de esta institución.

Su actividad profesional, de docente, de proyectista de leyes y de autor de libros de derecho penal y criminología eran sus mejores credenciales para haber ingresado de esta Academia, pero, como a otros grandes juristas de nuestro país, la muerte lo sorprendió relativamente joven, sin que pudiera haber alcanzado ese honor en vida.

Por esa razón, esta Academia, decidió realizar un foro en su homenaje, el cual todavía no se ha llevado a cabo, y designar este año, con su nombre, el premio de la Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, para el mejor trabajo jurídico de estudiantes de derecho, incluido, los abogados recién graduados, el cual se otorga en el día de hoy.

Caracas, cuatro (04) de diciembre de 2018.

**PALABRAS DEL BACHILLER
JOSÉ RAFAEL GAMERO LANZ
GANADOR DEL PREMIO
"DR. LUIS COVA GARCÍA",
MENCIÓN ESTUDIANTES POR SU TRABAJO
"LOS PORMENORES EN LA NEGOCIACIÓN
BILATERAL ENTRE VENEZUELA Y GUYANA
PARA UN ARREGLO PRÁCTICO
A LA CONTROVERSA TERRITORIAL:
DESDE EL ACUERDO DE GINEBRA
HASTA EL PROTOCOLO DE PUERTO ESPAÑA".**

Señor Doctor Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y demás colegas integrantes de su Junta Directiva. Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Numerarios de otras Corporaciones Académicas Nacionales. Distinguidos galardonados, amigos y familiares. Señoras y Señores.

La defensa de los derechos territoriales de Venezuela en la Guayana Esequiba es una misión nacional. Ella compete no solo al Estado venezolano, por medio de las instituciones y funcionarios designados para tal fin, sino muy en especial al esfuerzo personal de aquellos quienes lo asumen con dignidad. Esta Academia ha sido baluarte y garante de estas consignas. Por eso, recibo este premio con especial emoción al reconocer que esta Academia aloja los esfuerzos de notables hombres... De una larga lista, destaco las invaluable contribuciones de los historiadores: Hermann González Oropeza, Pablo Ojer Celigueta, Daniel de Barandiarán, José Del Rey Fajardo, Luis Ugalde Olalde, Félix María de Vergamián, Rafael Sureda Delgado, Juan Almécija Bermúdez, André Serbín, Manuel Donís Ríos y Edgardo Mondolfi Gudat. De los embajadores, diplomáticos, militares, funcionarios de la cancillería venezolana y el Estado: Alejo Fortique, Julián Viso, Rafael Seijas, Marco Antonio Saluzzo, Armando Rojas Sardi, Carlos Sosa Rodríguez, René De Sola, Marcos Falcón Briceño, Ignacio Iribarren Borges, Andrés Aguilar Mawdsley, Isidro Morales Paúl, Pedro Lara Peña, Jean-François Pulvenis, Simón Alberto Consalvi, Reinaldo Leandro Mora, José Alberto Zambrano Velasco, Jacobo Yépez Daza, Elías Daniels Hernández, Oscar José Márquez y Francisco Nieves - Croes, Kaldone Nweihed y Sadio Garavini Di Turno.

De ellos es impresionante el empeño y dedicación que sus obras demuestran. La mía, sin embargo, tan sólo viene a contribuir con un

aspecto puntual, sin ningún mayor esfuerzo que el de descubrir y armonizar los eventos que han permanecido velados por al menos 40 años: las negociaciones para alcanzar un arreglo práctico a la controversia con Guyana durante la aplicación del protocolo de Puerto España.

Esta investigación llega a nosotros afortunadamente al momento que en debemos argumentar la no comparecencia ante el proceso jurídico que Guyana ha emprendido ante la Corte Internacional de Justicia para pedir la ratificación del fraudulento y doloso Laudo de París del 3 de Octubre de 1899. Ciertamente, luego de más de cincuenta años de imposibilidades para asumir una definitiva resolución a la reclamación guayanesa, Guyana pretende negar el compromiso de alcanzar una solución política con Venezuela para compensar las acciones del pasado colonial. Es por ello que resulta tan necesario entender las posturas de cada país, la correcta interpretación del Acuerdo de Ginebra y las posibles soluciones dentro de él. La dilación indefinida de este diferendo no es sostenible, menos aun cuando en 2020 Guyana dará inicio a la producción petrolera de los yacimientos que se depositan en el territorio marítimo sin determinación de límites fronterizos de la fachada atlántica guayanesa, con el apoyo político y económico de potencias con relevancia geopolítica mundial.

Por lo demás, invito a conocedores, curiosos y afanosos a profundizar en este estudio. Si acaso habría una causa justa, digna y honrosa para Venezuela, que desecha pugnas ideológicas y avanza hacia los intereses comunes de todos nosotros, es la rectificación de las abominables consecuencias territoriales de la usurpación británica en nuestra Guayana.

Así que, les pido que recuerden que los momentos de mayores turbaciones, exigen mayores sacrificios. Pues, asumamos nuestra responsabilidad con optimismo, porque la suerte acobija a los esforzados.

DISCURSOS DE INCORPORACIÓN

**SESIÓN SOLEMNE
DEL ACTO DE INCORPORACIÓN
DEL PROFESOR JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 27.
6 DE FEBRERO DE 2018.**

**DISCURSO DE INCORPORACIÓN
DEL PROF. JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES.**

§1. Siendo apenas un niño, el 22 de septiembre de 1971 asistí por vez primera al Acto de Incorporación de un Individuo de Número de esta Academia. Ese día presencié en este mismo salón la incorporación de mi padre, José Muci-Abraham, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Con mis nueve años recién cumplidos no atisbaba a entender el significado, la enorme trascendencia, de ese acto solemne.

§2. En ese entonces tampoco podía imaginar que llegado el momento seguiría los pasos de mi padre: estudiaría Derecho, impartiría clases en las aulas universitarias y dedicaría mis esfuerzos a la investigación académica. Mucho menos vislumbrar que cuarenta y seis años después volvería al Paraninfo del Palacio de las Academias, inaugurado en 1876 por Antonio Guzmán Blanco, esta vez para asistir, por la generosa decisión de los académicos que integran este cuerpo, a mi incorporación como Individuo de Número de esta ilustre Academia.

§3. Me corresponde suceder al doctor Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar y ocupar el Sillón N° 27 de esta Academia.

§4. No es tarea sencilla la que los integrantes de esta corporación han decidido encomendarme. No lo es, decía, pues a lo largo de los años ese Sillón ha sido ocupado por distinguidos juristas venezolanos. En orden estrictamente cronológico, desde la fundación de esta Academia el Sillón N° 27 ha sido ocupado por los doctores Pedro Itriago Chacín, Carlos Álamo Ibarra, Alfonso Espinosa, Oscar García Velutini, Pedro Tinoco y Luis Ignacio Mendoza.

§5. Mi antecesor inmediato, Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar, nació en Caracas el 11 de diciembre de 1918. Hijo de Cristóbal Lorenzo Mendoza Aguerrevere y Tulia Virginia Páez-Pumar Cárdenas, el doctor Luis Ignacio Mendoza era el mayor de cuatro hermanos.

§6. Cursó estudios en la Universidad Central de Venezuela, en la que obtuvo el título de doctor en Ciencias Políticas y Sociales, mención *summa cum laude*, en el año 1942. En aquel entonces la Facultad de Derecho de la Universidad funcionaba en este Palacio de las Academias.

§7. Tras su grado, Luis Ignacio Mendoza se unió al Despacho de Abogados Rodríguez & Mendoza. Allí se desempeñó como Socio Administrador desde 1960. Allí permaneció activo hasta su retiro, cumplidos los noventa años de edad. Dos de los cinco hijos que el doctor Mendoza procreó con su amada esposa, María Cristina Machado, de nombres Luis Ignacio y Cristóbal, también abogados, continúan su labor, en calidad de socios, en el Escritorio Rodríguez & Mendoza. Ambos nos acompañan el día de hoy para recordar la obra y honrar la memoria de Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar.

§8. El doctor Luis Ignacio Mendoza se incorporó a la Academia el 22 de noviembre del año 1994. Antes de él había sido Individuo de Número de esta Academia, en calidad de Fundador, su padre, Cristóbal Lorenzo Mendoza Aguerreverre.

§9. Al dar formal contestación al Discurso de Incorporación del doctor Mendoza, el académico Tomás Carrillo Batalla resaltó los méritos de la obra intitulada *Naturaleza del Término para Formalizar el Recurso de Casación*, editada en 1980, de la que era coautores Luis Ignacio Mendoza y el doctor Santos Michelena, y destacó también las bondades del Trabajo de Incorporación del académico, que versaba sobre los Deberes de los Administradores de las sociedades anónimas. Mi reconocimiento para el académico Henrique Urdaneta Fontiveros por haberme facilitado un ejemplar impreso de ese Trabajo de Incorporación, pues fue gracias a ese gesto que pude consultar el texto original.

§10. En su Discurso de Contestación el académico Tomás Carrillo Batalla destacó igualmente el trabajo adelantado por el doctor Mendoza para la creación de un programa de computación, uno de los primeros en su área, para la administración de la data—inclusiva de los procesos en curso, las opiniones emitidas y un índice de las leyes en vigor— asociada a la administración de un escritorio de abogados. En palabras de sus hijos, este último dato revela que el doctor Luis Ignacio Mendoza era un hombre adelantado a su tiempo.

§11. El doctor Mendoza fue objeto de múltiples reconocimientos a lo largo de su destacada carrera profesional. Recibió la Orden Libertador en su Tercera Clase (Comendador); la Orden Francisco de Miranda en su Primera Clase; la Orden Andrés Bello, también en su Primera Clase; la Orden al Mérito al Trabajo en su Primera Clase; la Orden Mérito al Trabajo que concede la Cámara de Industriales del Estado Carabobo; y, la Orden del Colegio de Abogados del Distrito Federal.

§12. En conversación sostenida con los hijos del doctor Luis Ignacio Mendoza semanas atrás, éstos resaltaban su espíritu emprendedor. Fue ese espíritu el que le animó a participar activamente en la fundación y ulterior dirección de importantes empresas nacionales. Cartón de Venezuela, S.A., Negroven, S.A. y Tripoliven, S.A. representan parte del legado de un jurista que creía firmemente en la libertad de empresa.

§13. El doctor Luis Ignacio Mendoza también estuvo vinculado al mundo académico, en calidad de miembro del órgano de Gobierno del reputado Instituto de Estudios de Alta Gerencia (IESA) de esta ciudad de Caracas.

§14. Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar, finalmente, participó activamente en tareas de asistencia social como las que la Asociación Civil Fe y Alegría adelanta en el país.

§15. Quienes le conocieron bien afirman que el doctor Mendoza fue un hombre extraordinario. De él destacan su condición de persona hogareña, que preciaba grandemente a su familia y que, justamente por ello, se ocupó de manera muy especial de la formación de sus hijos. Tras su desaparición física uno de sus nietos lo recordaba diciendo que de las tareas vitales emprendidas por el doctor Mendoza la que este mejor había cumplido era la que tenía que ver con su familia.

§16. Mi distinguido antecesor falleció el 24 de enero de 2017. De ese luctuoso hecho dio noticia esta Corporación mediante Acuerdo en el que destacó que a lo largo de toda su vida el doctor Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar había gozado, como ciudadano y como profesional del Derecho, del más alto aprecio y de muy honroso y merecido prestigio, por su integridad y su capacidad intelectual.

§17. Para dar cabal cumplimiento a la Ley sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales y su Reglamento, oportunamente consigné en la Secretaría de la institución un ensayo, de mi autoría, intitulado

Potestad Reglamentaria y Reglamento: Anotaciones sobre la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas y el reglamento como fuente de Derecho Administrativo.

§18. Al igual que ocurrió con una obra de investigación previa, intitulada *La excepción de ilegalidad*, que comencé a escribir para obsequiársela a mi hija María Juliana con ocasión de su grado como abogada en la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, empecé a escribir el ensayo que luego presenté a esta corporación en calidad de Trabajo de Incorporación con el objeto de regalárselo a mi otro hijo, José Antonio, para celebrar su grado de abogado en la Universidad Católica Andrés Bello de esta ciudad de Caracas.

§19. El Trabajo de Incorporación versa sobre un tema siempre actual. Ciertamente, aunque los distintos ordenamientos jurídicos estatales le reconocen a la Administración Pública potestad reglamentaria, y el ordenamiento venezolano no es una excepción, no es menos cierto, y aquí hacemos nuestras las palabras de don Eduardo García de Enterría, que la Administración es un pésimo legislador¹. Pésimo porque la Administración Pública es una organización creada para el tratamiento de lo inmediato e implicada en un sinnúmero de gestiones concretas; una organización diseñada para actuar o incidir sobre materias cambiantes y pasajeras por definición; y, por lo tanto, una organización a la que le falta esa serenidad de juicio, esa superioridad de posición y esa ajenedad frente a los supuestos de hecho que demandan regulación, sin los cuales no resulta posible acometer la definición abstracta de un orden jurídico justo. Ese cúmulo de circunstancias justifica el acabado estudio de la potestad reglamentaria y de los reglamentos, pues el control de legalidad presupone la cabal comprensión de esa potestad estatal y del producto normativo resultante de su ejercicio.

§20. A esa razón, justificadora de mi elección, se une otra más personal: La potestad reglamentaria y el reglamento son materias que me resultan muy caras. Lo son porque sobre ellas discurro junto con mis alumnos desde que comencé a dar clases en la Universidad Católica Andrés Bello sobre los principios que informan el Derecho

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Editorial Civitas, S.A., 3ª edición, Madrid, 1983, pp. 81-83.

Administrativo, y porque sobre ellas versó el curso de posgrado que mi Alma Mater decidió encomendarme a principios de 2017. La cátedra universitaria me ha brindado la oportunidad de estudiar y entender la problemática del tema, y el fructífero intercambio con mis alumnos de ayer y de hoy me ha ofrecido la oportunidad de entenderla o comprenderla mejor.

§21. El trabajo de incorporación identifica los antecedentes constitucionales y legislativos de las normas que hoy por hoy disciplinan la potestad reglamentaria de la Administración y sus reglamentos. Por lo que a esos antecedentes se refiere me resultó particularmente útil, quisiera reconocerlo aquí y ahora, la magnífica Colección Leyes y Decretos de Venezuela, editada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, obra pletórica de reglamentos ejecutivos y autónomos, comenzando por el Decreto de 22 de octubre de 1852, reglamentario de la Ley sobre salinas y comercio de sal. También fue de gran utilidad la obra Constituciones de Venezuela del Profesor Allan Randolph Brewer-Carías, reeditada por esta Academia en el año 2008, acreditativa de que la asignación de potestad reglamentaria al Ejecutivo ha sido una constante a lo largo de toda nuestra vida republicana.

§22. Sentadas esas premisas normativas, el ensayo discurre sobre el conjunto de problemas propios de la potestad reglamentaria y los reglamentos, a saber:

1. Las relaciones que median entre la Ley y reglamento;
2. El fundamento y naturaleza de la potestad reglamentaria, así como los presupuestos para su ejercicio, con especial referencia a la necesidad de la regulación reglamentaria como justificante (*condictio iuris*) para el válido ejercicio de dicha potestad;
3. Las autoridades administrativas a las cuales les ha sido asignada potestad reglamentaria;
4. Las características que definen al reglamento como género y a las diversas especies de actos reglamentarios;
5. Los límites adjetivos y sustantivos al ejercicio de la potestad reglamentaria, incluidos los condicionamientos impuestos por el Derecho Administrativo Global;
6. La novedosa reserva reglamentaria creada por el numeral 20 del artículo 236 de la Constitución política de 1999;

7. El control legislativo, administrativo y judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria; y, finalmente,
8. Las reglas que gobiernan la reforma y la derogatoria de los reglamentos.

§23. A lo largo de toda la investigación procuré aproximarme a los distintos temas que aborda el trabajo de incorporación sin prejuicios ni anteojeras. Por ello, en el Trabajo no he vacilado en sostener una opinión discrepante con la tesis comúnmente admitida por la doctrina y jurisprudencia venezolanas, cuando he entendido que cabe argumentar y sostener un parecer distinto con base en una más acabada fundamentación. He procedido así porque entiendo que la exposición lógica y sistemática de una nueva tesis siempre resulta útil al estudio y desarrollo de la ciencia jurídica si reposa en argumentos serios y atendibles.

§24. El trabajo de incorporación contiene un balance del Derecho positivo venezolano, múltiples referencias a la doctrina nacional y comparada que ha tratado la materia, así como a las decisiones judiciales pronunciadas por tribunales nacionales y extranjeros sobre los distintos asuntos tratados a lo largo del trabajo. Resultó particularmente placentero releer la obra de autores clásicos como Sanojo, y consultar una vez más la obra de Hernández-Ron, Antonio Moles Caubet y René De Sola, por solo citar a algunos. Como hombre de leyes el recurso a la jurisprudencia me resultó a un mismo tiempo grato y penoso. Grato porque me permitió revivir la república que fuimos; singularmente penoso porque los fallos judiciales de más reciente fecha nos muestran, he aquí los resultados que arroja su disección o análisis pormenorizado, a unos tribunales que no imparten justicia, y unos jueces que sin rubor alguno han hecho las veces de sepultureros de las libertades y derechos ciudadanos. Y no obstante esos sentimientos encontrados, contradictorios, el trabajo me permitió mirar con agradecimiento el pasado, por todo lo que de él podemos aprender; y, por qué no, aguardar con esperanza el futuro, pues en él todo está por hacer.

§25. Por razones de tiempo, el día de hoy me limito a enunciar tan solo tres de los asuntos que integran la problemática propia de la potestad reglamentaria y de los reglamentos.

§26. Quisiera referirme, primero que nada, a las autoridades con competencia reglamentaria. A lo largo de las últimas décadas el Poder

Legislativo ha sancionado leyes, multiplicidad de leyes, que han tenido por objeto asignar potestades reglamentarias a una verdadera constelación de Administraciones especializadas, dotadas todas ellas de mayor o menor grado de autonomía. Aunque la lista es larga, a esa constelación de Administraciones pertenecen, a nivel nacional, la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, la Superintendencia Nacional de Valores, el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria y, aunque de más reciente factura, la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, por solo citar algunas.

§27. La concesión de potestades reglamentarias a esas Administraciones ha comportado, no podía ser de otra manera, la erosión, por lo demás significativa, de la potestad reglamentaria general que nuestra Constitución le asigna al Presidente de la República en Consejo de Ministros en el numeral 10 de su artículo 236. Una competencia general, decía, porque se refiere a todas las leyes con las únicas excepciones que la norma *normarum* señala. Sin embargo, esa delegación, por decisión del Poder Legislativo, de poderes que le son ajenos a ese Poder, porque fueron asignados al Presidente de la República en Consejo de Ministros, habida consideración, por una parte, de la singular legitimidad política del Presidente, por su elección mediante sufragio, y por la otra, de la pluralidad de intereses públicos, heterogéneos y en oportunidades contrapuestos, que se encuentran representados en ese órgano colegiado, no puede ser conciliada con la Constitución. Siendo el nuestro —sólo en el plano de las definiciones, lamentablemente— un Estado de Derecho, el principio de división del Poder Público y la rigidez que caracteriza nuestra Constitución rechazan ese acto de disposición, ya que falta norma constitucional que habilite al Legislativo para desposeer al Presidente de la República en Consejo de Ministros de parte de sus atribuciones. Y de nada sirve afirmar que esa incompetencia, de rango constitucional, ha sido consentida por el Ejecutivo al intervenir en el proceso de formación de tales leyes, porque también falta norma constitucional que habilite al Presidente de la República en Consejo de

Ministros para hacer dejación voluntaria de parte de sus facultades a favor de otras Administraciones.

§28. El fenómeno es grave. Es particularmente oprimente en el ámbito bancario, en el que pueden llegar a ser dictadas —y, por ende, coexistir— reglamentaciones aprobadas por:

1. El Presidente de la República en Consejo de Ministros;
2. El Banco Central de Venezuela;
3. La Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario;
4. Los Ministerios de Finanzas y de Agricultura y Tierras en materia de crédito agrario;
5. El Ministerio con competencia en materia de turismo por lo que respecta a los créditos dirigidos a ese sector;
6. El Ministerio para la Vivienda y Hábitat en lo tocante a créditos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda; y,
7. Los Ministerios con competencia en materias de finanzas e industrias en materia de crédito al sector manufacturero.

§29. Una empresa, la intermediadora en el crédito, sometida, por lo que al crédito respecta, a múltiples tipos de regulaciones en cuya elaboración intervienen ocho autoridades distintas, muchas de ellas totalmente ajenas al sector e ignorantes de su realidad. La exacerbación de la regulación estatal.

§30. Pero hay más: la anómala regulación aprobada por esas Administraciones con frecuencia creciente “deroga” o “sustituye” leyes. Allí están las normas reglamentarias aprobadas por la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, “modificadoras”, por lo que a la banca se refiere, del plazo establecido por el artículo 277 del Código de Comercio, que ha de mediar entre la convocatoria y la celebración de las asambleas de accionistas; el Reglamento del Sistema de Cámara de Compensación Electrónica aprobado por el Banco Central de Venezuela, mediante el cual se regulan las operaciones interbancarias efectuadas con cheques y otros medios de pago, que “modifica” la oportunidad en la que ha de devolverse el título-valor que es objeto de pago por el deudor, ex artículo 447 del Código de Comercio, aplicable a los cheques por mandato del artículo 491 eiusdem; o, las normas reglamentarias aprobadas por la Superintendencia de la Actividad

Aseguradora que estatuyen sobre el contrato seguros, a pesar de ser esa una materia reservada a la Ley, por sólo citar algunos ejemplos.

§31. Resulta imperioso revisar esa praxis legislativa para reconducir el ejercicio de la potestad reglamentaria a lo previsto en nuestra Constitución.

§32. En otro orden de ideas, en el Trabajo de Incorporación estudiamos con particular detalle la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 17 de agosto de 2004. La decisión judicial a la cual aludimos desestimó la demanda de nulidad que había sido propuesta contra el artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela, de acuerdo con el cual todo lo correspondiente al sistema cambiario del país debía ser regulado por los convenios cambiarios que celebren al efecto el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela².

§33. Antes de proseguir, luce importante una precisión: aunque la regulación en la materia cambiaria asume la forma de convenios, nuestro más alto Tribunal ha concluido que las normas que disciplinan el régimen cambiario deben ser objeto de la consulta pública que por mandato legal debe preceder la aprobación de reglamentos, porque a decir verdad tienen carácter reglamentario.

§34. El análisis del fallo, legitimador del régimen de control de cambio que asfixia al país, merece severas críticas por diversos motivos. Primero porque se funda, parafraseando a Tribe, en una lectura “desintegrada” —y, por lo tanto, errada— de la Constitución³. En segundo lugar, esa interpretación parcial y sesgada, contraria a las más básicas reglas de la hermenéutica jurídica, ha tolerado o consentido la completa “des-legalización” de la materia y la consecuente anulación de la garantía de la reserva legal por lo que respecta al derecho de propiedad privada y la libertad económica. Si la reserva de Ley, como postulamos en el Trabajo de Incorporación, es a fin de cuentas norma atributiva de competencia, porque es al Legislador, mediante Ley, a quien corresponde regular las materias que la Constitución defiere en exclusiva al Poder

² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1.613, el 17 de agosto de 2004, asunto Henry Pereira Gorrín.

³ TRIBE, LAWRENCE H. y DORF, MICHAEL C., *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, England, 1991, p. 23.

Legislativo, la Ley debe siempre delimitar, de manera acabada, la extensión o alcance de la potestad reglamentaria. Contrariando ese principio de completitud, la Ley del Banco Central de Venezuela nada prevé sobre el contenido de tales convenios, y no obstante esas carencias, el más alto Tribunal toleró la disciplina de esa trascendental materia mediante reglamento. En suma, el fallo retrata a una Asamblea Nacional que incumplió gravemente sus deberes constitucionales al sancionar una Ley, la del Banco Central de Venezuela, sin contenido por lo que a los convenios cambiarios respecta; y a un Tribunal Supremo de Justicia que ignoró su razón de ser, porque en lugar de proteger los derechos y garantías fundamentales optó por tutelar al Poder.

§35. El último de los temas al cual quisiera referirme brevemente es el relacionado con las limitaciones sustantivas a la potestad reglamentaria. El cumplido análisis de la potestad reglamentaria de la Administración y de sus reglamentos no puede adelantarse sobre la base de la Constitución, la Ley y los principios generales del Derecho venezolano única y exclusivamente. Al contrario, demanda el análisis de reglas y cánones que se originan allende de las fronteras del Estado venezolano, porque a lo largo de las últimas décadas el Derecho Administrativo ha ido perdiendo, paulatina y progresivamente, el vínculo que lo ligaba de forma exclusiva con un Estado en particular. El análisis exige, por tanto, la consideración de limitaciones que integran un ordenamiento jurídico, el internacional, que coexisten con las de nuestro Derecho interno y que, junto con nuestro Derecho interno, se hallan simultáneamente vigentes en el espacio.

§36. Destacan, por solo citar un ejemplo, los estándares internacionales en materia aeronáutica, porque éstos, de acuerdo con la letra de la Ley del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, condicionan la potestad reglamentaria que dicha Ley reconoce al prenombrado Instituto Autónomo. Los estándares internacionales en materia aeronáutica son aprobados por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) creado para administrar y velar por la aplicación del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Paraphrasing a Battini, la Organización de Aviación Civil Internacional es una Administración

sin Estado⁴; una Administración disciplinada por el Derecho Administrativo Global⁵, a la cual corresponde promover reglamentos y normas uniformes en una materia, la aeronáutica, que trasciende las fronteras estatales y que, por ello, demanda normas o reglas —uniformes— que disciplinen los vuelos desde que se inician hasta que terminan, independientemente de la identidad de los países de origen y destino de los vuelos o de las naciones que la aeronave sobrevuele.

§37. La Ley del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil reconoce que los reglamentos que se dicten en esta materia deben elaborarse sobre la base de las normas y métodos emanados de la Organización de Aviación Civil Internacional; que la redacción de tales reglamentos, por tanto, debe tomar en cuenta el lenguaje y léxico empleado por los instrumentos reguladores de la aviación civil internacional; y, que las definiciones incorporadas a esos reglamentos deben estar de acuerdo con esos instrumentos internacionales. En esta materia, me refiero a la aeronáutica, el cumplido análisis de la potestad reglamentaria de la Administración y de los reglamentos ha de adelantarse teniendo presente fuentes de Derecho Administrativo Global. Así lo impone el fenómeno de la globalización.

§38. Hago votos para que el trabajo de incorporación, que ya se encuentra en proceso de edición, sirva para suscitar la curiosidad de los estudiosos del Derecho y fomentar el debate sobre las potestades normativas de la Administración, particularmente en los aciagos momentos que vive nuestra querida Venezuela, pues para salir de la barbarie impuesta por quienes detentan el poder, resultará menester reconstruir las instituciones arrasadas por ese poder, y esa reconstrucción pasa, no

⁴ BATTINI, STEFANO, *Amministrazioni senza Stato (Profili di Diritto Amministrativo Internazionale)*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 197-220.

⁵ KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NIKO y STEWART, RICHARD B., “The emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems* Vol. 68, Summer & Autumn 2005, Nos. 3 & 4, Duke University School of Law, p. 17; MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 62-68; y, MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “Prólogo”, en BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Procedimiento Administrativo Global ante Interpol*, Investigaciones Jurídicas, S.A., San José de Costa Rica, pp. 13-33.

albergo duda alguna en propósito, por reconducir el ejercicio del Poder Público a sus justos límites.

§39. Este acto me brinda una oportunidad única; una ocasión que quisiera aprovechar para expresar mi sentida gratitud a quienes de una u otra forma han hecho posible la distinción que nos congrega en este Paraninfo.

§40. Primero que nada, a mis padres, por su amor y apoyo incondicionales, por su sabiduría y paciencia infinitas. Los valores y principios que ellos nos inculcaron a mis hermanos y a mí, porque a nuestros padres, a su vez, les habían sido infundidos por nuestros abuelos, han orientado, cual potente faro, todas y cada una de nuestras acciones. La distinción académica que hoy recibo es también un reconocimiento a la labor de mi madre y de mi padre.

§41. En segundo término, quisiera manifestar mi sentimiento de gratitud hacia mis profesores, por compartir conmigo su conocimiento de manera desinteresada. El primero de ellos, mi padre, jurista y docente de excepcional cualidad; inagotable fuente de conocimiento de la cual he tenido la fortuna de poder beber; compañero junto al cual he tenido la honra y el privilegio de trabajar desde que comencé a ejercer el Derecho. También son dignos de mención especial dos juristas que hoy lamentablemente no nos acompañan. José Andrés Fuenmayor, magnífica persona, dotado de un muy agudo sentido del humor; extraordinario abogado litigante, conecedor, como pocos, de nuestro Derecho Procesal Civil. Extraño las tardes dominicales en las que, sentados en la terraza de su casa y con el Ávila como telón de fondo, discurríamos sobre temas procesales. Allan Randolph Brewer Carías, extrañado de esta, su tierra, porque el Poder sentía aversión —sigue haciéndolo— hacia las ciencias y el conocimiento, y porque le temía a su imponente estatura intelectual. A él, que a lo largo del tiempo me ha dispensado el trato propio de un hijo, debo mi iniciación en el Derecho Público, y de manera muy particular en el Derecho Administrativo, disciplina a cuyo estudio he dedicado la mayor parte de mi vida profesional y académica; la mayor parte, decía, porque también me han seducido el Derecho Procesal y el Derecho Tributario.

§42. En este breve inventario de afectos figuran también de manera prominente mis Profesores universitarios, Individuos de Número

de esta Academia, Carlos Ayala Corao, Rafael Badell Madrid, Alberto Baumeister Toledo, Román José Duque Corredor, Luis Henrique Farías Mata, Gabriel Ruan Santos y Cecilia Sosa.

§43. Finalmente, quisiera nombrar a mis hijos, María Juliana y José Antonio, porque desde su concepción ellos —sin saberlo— han servido de inspiración última para todas mis acciones; y a mi esposa, Angèle, por su amor, su entrega y su compañía a lo largo del camino que —llenos de ilusión— comenzamos a transitar desde aquellos años, algo distantes en el tiempo, en que juntos cursábamos estudios de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello de esta ciudad de Caracas.

§44. Mi agradecimiento para con esta corporación, por el honor con el que me ha distinguido al elegirme para ocupar la vacante dejada por el lamentable fallecimiento del doctor Luis Ignacio Mendoza. Me comprometo aquí y ahora a honrar los deberes que me imponen la Ley sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales y su Reglamento como Individuo de Número de esta Academia.

§45. Vivimos tiempos azarosos en los que en nuestra tierra imperan el hambre, las enfermedades y la desesperanza. Una época de familias fracturadas por la ideología, el fanatismo político y la violencia institucional, y por la emigración de nuestros seres más queridos a otras latitudes, porque el país les niega las oportunidades y el futuro promisor al cual todos tenemos derecho. Momentos de nuestra historia caracterizados por gobernantes que ejecutan una política de tierra arrasada contra las instituciones democráticas que juraron defender y contra una población —la suya— indefensa; una política perversa que incluye la destrucción de nuestra moneda. Tiempos en los que la política ha anulado el Derecho y la justicia y en los que resulta menester combatir en nuestro terreno —el de las ideas— a la sinrazón circundante, a un despotismo que amenaza con terminar de devorarlo todo.

§46. Enfrentados a esas graves adversidades, pongo a la disposición de esta Academia mi experiencia y conocimientos, amén de toda mi energía.

Señoras, señores.

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN
DEL ACADÉMICO
DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

Con la venia del Presidente de esta Corporación, me voy a permitir iniciar este discurso de contestación al trabajo de incorporación del profesor José Antonio Muci Borjas, explicando el significado del acto que estamos presenciando, sobre todo para beneficio de aquellos distinguidos asistentes que no están familiarizados con los procedimientos y tradiciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

- I -

Actualmente esta Academia se rige por la Ley de 30 de junio de 1924, sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales, así como por los Estatutos y por el Reglamento que ella misma se debe dictar. Según disposición legal los individuos de número de esta Academia son electos por el sistema de *co-optación*; es decir, en la época actual los nuevos miembros de la Academia son elegidos por los propios miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, siguiendo el procedimiento establecido legal y reglamentariamente al ocurrir el fallecimiento de algún miembro de la Corporación. La Ley en cuestión establece que para ser admitido como miembro activo de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales se requiere llenar ciertas condiciones, en especial las de ser venezolano; tener el título de Abogado o de Doctor en Ciencias Políticas, que era como se llamaba a los Doctores en Ciencias Jurídicas en esos tiempos, o tratarse de sabios venezolanos.

En todos esos casos se requiere que los candidatos a individuo de número hayan escrito alguna obra, bien reputada generalmente, sobre Ciencias Políticas y Sociales; o hayan desempeñado por más de cuatro años en alguna de las Universidades venezolanas o en cualquier plantel autorizado para ello, alguna cátedra sobre tales materias; o hayan sido codificador o miembro revisor de las Comisiones de Códigos creadas por el Gobierno Nacional (artículos 1° y 5° de la Ley sobre Academia

de Ciencias Políticas y Sociales de 1924). A estas últimas condiciones, que no son acumulativas sino alternativas, se añade la exigencia de que el candidato posea “reconocida e incontestable competencia en el dominio de las Ciencias Políticas”. Sobre esto volveré en un par de párrafos (artículo 1° *ejusdem*).

- II -

La elección de un nuevo académico es un acto grave y de mucha responsabilidad para los académicos, no solo frente a la propia Academia sino ante el país, por ello la verificación del cumplimiento de los requisitos de ley lo hace cuidadosamente la propia Academia y lo expresa al elegir al candidato mediante votación secreta en sesión ordinaria. Una vez electo, por mandato de la Ley de la Academia el nuevo académico debe “Presentar un trabajo sobre Ciencias Políticas y Sociales” (artículo 5°, ordinal 4° *ejusdem*).

El trabajo de incorporación del nuevo académico está llamado a constituir, como parte de las funciones de los trabajos de la Academia, un destacado aporte personal del nuevo académico al desarrollo de las Ciencias Políticas y Sociales, pero también debe servir para atestiguar su “reconocida e incontestable competencia en el dominio de las Ciencias Políticas”. Por eso el trabajo de incorporación debe ser juzgado por la propia Academia antes de comunicarlo al público en un acto como el que se celebra hoy.

Con tal propósito los Estatutos y el Reglamento de la Academia de Ciencias Políticas, en todas sus versiones vigentes desde 1917, han previsto que la incorporación del académico electo, que todavía no tiene los derechos de un miembro activo, se haga depender de que luego de presentado tempestivamente el trabajo de incorporación, que deberá ser precedido de un “panegírico” de su inmediato antecesor, “el Presidente designará uno de los Individuos de Número para que elabore el discurso de contestación, que ha de contener un juicio crítico -y esto lo destaco muy especialmente y lo repito: un juicio crítico- sobre el tema desarrollado en aquel trabajo”. Tanto el trabajo de incorporación como el discurso de contestación una vez listos deben ser admitidos o rechazados por la Academia. Solo después de cumplidos todos estos trámites es que la Academia fija la fecha de un acto como este que hoy celebramos.

Debe notarse que los términos utilizados por la Ley de la Academia para referirse a una y otra tarea, la que corresponde al académico electo para su incorporación, por una parte, y la que respecta al académico encargado de contestar, por la otra parte, son diferentes y comportan, en consecuencia, acciones de distinto alcance y contenido. Mientras que para la incorporación se requiere la elaboración de un “trabajo” en el sentido de estudio o ensayo o monografía “sobre un tema de libre elección” del académico electo, en materia de Ciencias Políticas y Sociales, junto con “una relación de los trabajos practicados sobre tales materias o indicación de los servicios prestados en obsequio de la legislación patria o de las Ciencias Políticas y Sociales en general”, al académico a quien compete la contestación solo se le exige un “discurso”, es decir, se le exige una tarea de menor extensión, pero no de menor responsabilidad y relevancia, que consiste en escribir una reflexión sobre el trabajo preparado por el académico electo y que eventualmente debe ser leído o expuesto en un acto público. El trabajo de incorporación, por su propia característica y extensión no puede ser leído en público, sino que el académico recipiendario se limita a resumirlo, y así no agotar la paciencia y las posaderas de los asistentes.

La esencia del discurso de contestación a un trabajo de incorporación está entonces en que la propia Academia, en ejercicio de las funciones que le son propias para alcanzar sus objetivos establecidos en la Ley que la rige, de manera severa y a la vez soberana evalúa el trabajo que ofrece el nuevo académico para justificar su elección que ha sido efectuada, previa la evaluación de las credenciales del candidato y del cumplimiento de las exigencias legales, estatutarias y reglamentarias. Se trata de emitir “un juicio crítico” sobre el trabajo de incorporación, como lo dice la Ley de la Academia.

- III -

Los treinta académicos fundadores, que fueron nombrados por el Presidente de la República en 1916, no tuvieron que presentar trabajo de incorporación. Tampoco lo tuvieron que presentar los cuatro académicos que fueron electos entre 1918 y 1922 para cubrir las respectivas vacantes que ocurrieron con ocasión del fallecimiento de igual número

de académicos fundadores, ni tampoco lo tuvieron que presentar los cinco académicos que fueron electos por la propia Academia cuando la Ley de la Academia de 1924 amplió el número original de académicos a treinta y cinco. La Ley de 1924 no le exigió trabajo de incorporación a los cinco académicos resultantes de la ampliación de la nómina de la Academia y a la vez tomó la previsión de declarar incorporados de pleno derecho “a los cuatro miembros elegidos por la misma Academia”, entre los que se encontraba el propio Presidente Provisional de la República y, seguramente para el Presidente era algo engorroso ocuparse de un tema tan delicado como el de elaborar su trabajo de incorporación dentro de los lapsos legales.

De tal manera, el primer acto de recepción académica vino a realizarse a las 9:00 pm del 29 de octubre de 1926 - que fue viernes-, en este mismo Paraninfo, con la peculiaridad de que fue un acto de doble incorporación, pues fueron dos los académicos electos, los doctores Bance y Godoy Fonseca, quienes habiendo sido electos el mismo día y habiendo egresado de la Universidad Central de Venezuela en el mismo año y co-dirigido la prestigiosa revista jurídica Themis, publicada en Caracas entre 1896 y 1898, acordaron incorporarse a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el mismo día. Y ese mismo día se leyeron, también, sendos discursos de contestación por parte de los académicos Gustavo Manrique Pacanins y Alejandro Urbaneja, respectivamente, todo de acuerdo con la normativa aplicable e imponiendo así el ceremonial académico que todavía hoy seguimos (Ver Eugenio Hernández-Bretón, “Historias de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. El primer acto de incorporación académica en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales No. 154, Caracas, 2015, p. 377 y ss.). Ellos fueron los primeros y nosotros somos continuadores de una gran tradición y así debemos respetarla.

- IV -

El 24 de enero de 2017 falleció en Caracas el doctor Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar, quien hasta esa fecha ocupó el Sillón No. 27 de esta Academia, para el cual fue electo el 7 de diciembre de 1993,

habiéndose incorporado a la misma el 22 de noviembre de 1994. Con ocasión de su sensible fallecimiento, esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales dictó un acuerdo de duelo en el cual recordó “Que el doctor Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar fue un muy respetado abogado litigante y asesor, miembro y líder de un prestigioso Despacho de Abogados, autor de importante obra jurídica y serio cumplidor de sus deberes profesionales, ejerciendo dignamente su profesión durante más de setenta años”, y también dejó constancia de que “ el doctor Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar, a través de toda su vida, como ciudadano y como profesional del Derecho, gozó del más alto aprecio y de muy honroso y merecido prestigio, por su integridad y su capacidad intelectual.”

Fue un gran privilegio haber compartido en las reuniones de la Academia con el Dr. Mendoza Páez-Pumar así como recibir sus sabios consejos. Conservo con alegría la fotografía tomada en la sesión ordinaria en que me correspondió entregar los respectivos acuerdos de júbilo emitidos por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con ocasión de la conmemoración del 70° aniversario de la graduación de Doctor en Ciencias Políticas de la UCV de los académicos Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar, Enrique Tejera y René De Sola. Ninguno de ellos había sido convocado especialmente para esa sesión, en la cual se iba a informar del texto definitivo de los acuerdos, y ese día me correspondió suplir la ausencia justificada del Presidente. La casualidad quiso regalarme esa fotografía con tan distinguidos académicos. Dejo así testimonio del aprecio de nuestra Academia por el compañero recientemente fallecido.

Le corresponde entonces al profesor Muci Borjas suceder al doctor Luis Ignacio Mendoza Páez-Pumar en el Sillón No. 27.

- V -

El trabajo de incorporación presentado por el profesor Muci Borjas lleva por título *Potestad Reglamentaria y Reglamento (Anotaciones sobre la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas y el reglamento como fuente de Derecho Administrativo)* y tiene una extensión de más de 300 páginas, distribuidas en diez capítulos, en las cuales se materializa una enjundiosa y meticulosa investigación de la

cual dejan constancia más de 700 notas de pie de página. El trabajo en referencia, que próximamente será publicado por la Editorial Jurídica Venezolana, está acompañado de apéndices que contienen una relación de unas 167 sentencias de tribunales de instancia, tribunales superiores, del Tribunal Supremo de Justicia, de la Corte Suprema de Justicia, de la Alta Corte Federal, de la Corte Federal y de Casación y de la Corte Federal, cubriendo el período comprendido entre 1870 y 2017, y de un listado de cerca de 170 títulos bibliográficos, que incluye autores venezolanos, argentinos, chilenos, uruguayos, españoles, italianos, franceses, austríacos, alemanes, ingleses y estadounidenses, los cuales han sido citados apropiadamente a lo largo de la investigación conforme a los usos académicos de general aceptación.

El trabajo de incorporación se enmarca en una línea de investigación iniciada por el autor con (i) un trabajo intitulado “La Actividad Normativa de la Administración Pública”, publicado en 1996, y que lleva en el título el vocablo actividad, porque entonces no había procedimiento previo al ejercicio de la potestad reglamentaria, al que siguieron (ii) “El ejercicio de la Función Normativa por la Administración Pública venezolana”, publicado en 2006, en el cual habla de función porque lo contempló por vez primera la Ley Orgánica de la Administración Pública, y (iii) su libro *La Excepción de Ilegalidad*, publicado en 2013, que mereció la mención de honor del Premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales correspondiente al año 2013-2014, en el cual Muci Borjas estudia la desaplicación judicial de los actos administrativos reglamentarios y de efectos particulares. De igual forma el trabajo de investigación se emparenta con la actividad docente que el profesor Muci Borjas ha venido desarrollando en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello desde 1988, especialmente en los cursos de pregrado de Derecho Administrativo I y, más recientemente, de Fundamentos de Derecho Administrativo, y en el curso de posgrado, precisamente, sobre Potestad Reglamentaria y Reglamento. Esos son los antecedentes inmediatos del trabajo de incorporación, con lo cual se muestra la maduración y reflexión por parte del profesor Muci Borjas acerca del tema tratado en su trabajo de incorporación.

- VI -

La primera parte del trabajo en examen se dedica a revisar los antecedentes constitucionales de la potestad reglamentaria y de los reglamentos desde 1811 hasta la Constitución en vigor. La investigación histórica le permite al nuevo académico concluir que a pesar de que solo es a partir de la Constitución de 1821 que se reconoce expresamente la potestad reglamentaria del Presidente de la República, “admitiéndose por tanto que la reglamentación de las leyes no era sino una consecuencia del deber (general) de ejecutar las leyes”, igual potestad debe reconocerse en las Constituciones de 1811 y 1829, dado el deber impuesto constitucionalmente al Presidente de la República de ejecutar las leyes. La potestad reglamentaria general -a pesar de las variantes a través del tiempo en cuanto a su extensión- ha sido desde entonces una constante entre las atribuciones del Presidente de la República. Resulta interesante destacar que de la información acopiada por el profesor Muci Borjas en su trabajo de incorporación, en los Estados Unidos de América, en virtud del principio de separación de poderes, la Constitución no reconoce al Presidente de ese país poderes reglamentarios, “porque, de acuerdo a la Constitución norteamericana, es al Poder Legislativo a quien incumbe legislar” y para llenar el vacío “el Congreso norteamericano suele dictar leyes con el objeto de crear Administraciones a las que faculta para aprobar reglamento (*regulations*) en aquellas materias en las que el Congreso, por su aparente complejidad o especialización, no desea disciplinar directamente.” Esta referencia es muy interesante desde el punto de vista del Derecho Comparado, pues nosotros reconocemos la influencia de la Constitución norteamericana de 1787 en la primera Constitución venezolana de 1811, siendo que la nuestra fue la cuarta dictada en el mundo (Allan R. Brewer-Carías, *Estado de Derecho y Control Judicial. Justicia Constitucional, Contencioso Administrativo y Derecho de Amparo*, Alcalá de Henares, Madrid, 1987, p. 9 y ss.).

Ahora bien, como correctamente apunta el profesor Muci Borjas, la potestad reglamentaria conduce a la producción de instrumentos llamados entre nosotros “reglamentos”, que son una forma de expresión de los poderes normativos de la Administración Pública, en particular del Presidente de la República.

No obstante, reconoce el autor del trabajo de incorporación que “la palabra reglamento no es unívoca; tiene, por el contrario, variados significados. El término arroja realidades muy heterogéneas, porque el vocablo es empleado para designar actos o negocios jurídicos de muy dispar naturaleza. Habida consideración de la polivalencia del vocablo, resulta necesario precisar aquí qué ha de entenderse por reglamento a los efectos del presente ensayo.” En todo caso, antes de proponer un concepto el autor le niega el carácter de reglamento a una serie de actos que convencional o coloquialmente se conocen como reglamentos. Entre ellos menciona al Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional

“Por exigencia constitucional -nos recuerda el profesor Muci Borjas- en el precitado reglamento deben contemplarse, *inter alia*, los requisitos y procedimientos para la instalación y demás sesiones de la Asamblea Nacional, así como para el funcionamiento de sus comisiones (...). El aludido reglamento es un acto parlamentario sin forma de ley, aprobado por la Asamblea Nacional en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y como tal se equipara a las leyes por lo que a su rango o jerarquía normativa se refiere. Así, este acto parlamentario escapa a la definición de reglamento, entendido como acto administrativo cuyas previsiones tienen rango sub-legal o infra-legal.

Para identificar a un reglamento hay que atender más a la sustancia del acto (a su rango o jerarquía, *id est*), que a las formas externas del negocio jurídico unilateral. Por esta razón, dice el autor, también deben ser excluidos de nuestra definición los “reglamentos” dictados por la Administración a los efectos de proponerle a los particulares las reglas que, de llegar a ser aceptadas por éstos, gobernarán la futura relación contractual que pueda llegar a surgir entre la Administración proponente y los particulares aceptantes de la oferta de contratación formulada por el ente público, tales como el Reglamento para el Juego del “5 y 6”. Asimismo, cabría citar las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, aprobadas mediante Decreto del Ejecutivo Nacional, pues sus previsiones forman parte integrante de una oferta de contratación cuya eficacia se encuentra supeditada a su aceptación, total o parcial, por la contraparte contractual de la Administración.

También excluye de la noción de reglamento a los denominados reglamentos producidos por instituciones gobernadas por el Derecho Internacional. Nos referimos, *e.g.*, al Reglamento y las Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIA-DI), aprobado por ese Centro con base en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, o al Reglamento sobre Tratamiento de Información para la Cooperación Policial Internacional de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL). Trátase, en ambos casos, de actos dictados por Administraciones Internacionales (*Amministrazioni senza Stato*, en palabras de Battini), que no constituyen fuente de Derecho Interno. Igualmente excluye a los denominados reglamentos, “que, no obstante este dato formal, escapan del concepto de reglamento, porque no emanan de la Administración. Aludimos, dice Muci Borjas, “a título de ejemplo, al Reglamento de Condominio previsto en el artículo 26 de la Ley de Propiedad Horizontal ; al Reglamento Interno de los desarrollos inmobiliarios de multipropiedad o tiempo compartido, previsto en los artículos 7° y 20 de la Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido; y, a los Reglamentos Internos de las Asociaciones Cooperativas, contemplados en los artículos 8° y 26 de la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas . Esos distintos negocios jurídicos se caracterizan por una circunstancia que les es común: sus autores son particulares que celebran esos actos desprovistos de autoridad (*auctoritas*). Celebran esos negocios obrando en ejercicio de poderes jurídicos propios del Derecho común.”

Lo dicho no obsta, dice el profesor Muci Borjas, “para que los particulares puedan obrar en determinadas circunstancias como autoridad y para que, en virtud de la denominada descentralización por colaboración, ejerzan función reglamentaria y dicten verdaderos reglamentos. Cabría citar aquí, *e.g.*, los reglamentos aprobados por los Colegios de Abogados en ejercicio de la potestad reglamentaria que a éstos reconoce la Ley de Abogados; los reglamentos dictados por las bolsas de valores con el objeto de establecer, de modo imperativo, las condiciones a las cuales deben ajustarse las operaciones que celebren quienes participen en ese mercado; y, (iii) los reglamentos dictados por los centros de arbitraje regulados por la Ley de Arbitraje Comercial.” Finalmente,

en atención a las ambivalencias del lenguaje: el carácter reglamentario o contractual de las condiciones generales para la prestación de un servicio dependerá, según el autor del trabajo de incorporación siguiendo al profesor M. S. Giannini de quien recibió lecciones en la Universidad de Roma, “si su autor es un establecimiento público; pero que si el autor del acto era, por el contrario, un sujeto de Derecho privado, esas mismas condiciones generales podían llegar a ser consideradas normas generales de contratación.”

- VII -

De tal manera, para los fines del trabajo de incorporación su autor propone que se “entiende por reglamento el acto administrativo, creador de reglas de Derecho de aplicación general, dictado por la Administración en ejercicio de potestad reglamentaria”. Permítaseme aquí añadir que las Academias Nacionales, que son personas jurídicas, pero que no son “particulares”, y en especial nuestra Academia de Ciencias Políticas y Sociales, han dictado de conformidad con la respectiva Ley que la regula, verdaderos reglamentos (artículos 9° y 11, parágrafo único de la Ley sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 1924), los cuales parecen haberse confundido con sus “Estatutos” también previstos en la Ley de la materia (artículo 1° *ejusdem*).

El contenido típico del reglamento está constituido por normas jurídicas de carácter general y abstracto, con lo cual si bien las normas reglamentarias son de rango inferior a la ley formal y son dictadas en ejecución de una ley, tales normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria constituyen normas con carácter de ley material. No obstante, la Constitución de 1999 que reproduce textualmente la norma de la Constitución de 1961 dándole competencia al Presidente de la República de “reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón”, “reconoce también la potestad reglamentaria”, pero limitada, por razón de la materia a las Universidades, la Administración Electoral, el Banco Central de Venezuela y la Fuerza Armada Nacional.

De esta manera, la potestad reglamentaria que antes era general se ve “erosionada”, y también la misma potestad ha sido “desgastada

ulteriormente en virtud de principios constitucionales reconocidos por nuestra doctrina y tribunales de justicia”, para utilizar las expresiones del profesor Muci Borjas. En tal sentido, por ejemplo, se le reconoce potestad reglamentaria implícita de raíz constitucional a la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo y el Tribunal Supremo de Justicia. Lo anterior se fundamenta en el principio de autonomía que la Constitución le reconoce a tales entes. Pero también se les reconoce dicha potestad reglamentaria a los Gobernadores y Alcaldes, en virtud de la autonomía política reconocida a esos entes político-territoriales en las materias de su competencia. Pero además de lo anterior, que es por lo menos cuestionable en cuanto a su constitucionalidad, resulta que el propio ente legislador nacional, en especial la Asamblea Nacional durante la vigencia de la Constitución de 1999, se ha encargado de ir asignando potestades reglamentarias a autoridades distintas a las mencionadas en la Constitución. Tal es el caso paradigmático de la Ley Orgánica de la Administración Pública que habilita el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Vicepresidente Ejecutivo de la República, los Vicepresidentes Sectoriales, los viceministros y las autoridades regionales.

Pero también otras Leyes han extendido la potestad reglamentaria a otros entes especializados de la Administración Pública, tales como la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, lo cual permitió a esa Superintendencia derogar el Código de Comercio en materia de lapsos para la convocatoria de asambleas de accionistas y restringir el principio de libertad contractual, prohibiendo a las instituciones bancarias determinar el monto máximo que están dispuestas a recibir de uno de sus clientes para la apertura de un certificado a plazos. De la misma manera, se ha atribuido esa potestad reglamentaria por vía legal a la Superintendencia del Mercado de Valores, a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, al Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, a la comisión Nacional de Telecomunicaciones, a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos y al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, entre otros.

Con lo anterior, como bien lo apunta el nuevo académico, lo que se pretende es modificar la Constitución por un acto del Poder Legislativo

-o peor aún por el Presidente de la República mediante Decretos-Leyes dictados en ejercicio de las facultades conferidas mediante una Ley Habilitante. Entre sus conclusiones plantea el profesor Muci Borjas que tal “ modo de obrar contraviene el principio de colaboración -de leal colaboración, *rectius*- entre los órganos que integran las distintas ramas llamadas a ejercer el Poder Público, porque el artículo 137 de la Constitución impide el empleo de la Ley para sustraer al Presidente de la República en Consejo de Ministros poderes reglamentarios que, conforme al Texto Fundamental, toca a él ejercer, e impide, por tanto, que se desplace -y sustituya por otra autoridad- al legítimo titular de esos poderes.”

Por otra parte, en Venezuela -destaca el autor- la potestad, de carácter o naturaleza discrecional, que habilita al Presidente de la República en Consejo de Ministros para expedir reglamentos, ex-artículo 236, numeral 10, de la Constitución, encuentra su justificación última en la legitimación política del Presidente de la República por causa de su elección mediante sufragio, y, por consiguiente, en la legitimación política que la Constitución le reconoce a ese órgano del Poder Ejecutivo -a ese órgano en especial y no a todo el Poder Ejecutivo, añadido con énfasis- para determinar las políticas públicas que han de ser implementadas por el Gobierno.

Ahora bien, aun en el caso de reconocer la conveniencia que pudiera derivarse de la asignación de una potestad reglamentaria limitada a órganos o entes especializados de la Administración Pública, acertadamente dice el autor que “el ejercicio de la potestad reglamentaria debe enmarcarse dentro de los límites que la Constitución impone. Eso supone una profunda revisión del alcance del poder normativo que la Ley puede reconocerle a las Administraciones especializadas. De acuerdo con los límites constitucionalmente previstos, la potestad normativa de estas Administraciones especializadas ha de quedar circunscrita a la aprobación de tan sólo dos tipos de normas, a saber: primero, normas técnicas, cuya aprobación no suponga, demande o entrañe el ejercicio de discrecionalidad reglamentaria; y, segundo, normas de organización interna que quepa anclar en principios generales arraigados en nuestra Constitución.” No puede ser más acertado su prudente juicio.

- VIII -

Un comentario aparte merecen los llamados “reglamentos autónomos” respecto de los cuales el profesor Muci Borjas señala que según la doctrina venezolana, son “aquellos que se aprueban con el objeto de regular materias acerca de las cuales no existe una Ley previa.”

A lo largo de los siglos XIX y XX el Poder Ejecutivo ha aprobado reglamentos que no encuentran su fundamento inmediato en una Ley previa. Para ilustrar tal afirmación el autor del trabajo de incorporación cita reglamentos de muy variado contenido y con una “escueta motivación”, de lo cual concluye el profesor Muci Borjas que “resulta evidente que a lo largo de nuestra historia el Poder Ejecutivo venezolano ha entendido que el ordenamiento le habilita para expedir reglamentos que no desarrollan una Ley Primaria”. Este proceder ha sido avalado tanto por la Corte Suprema de Justicia que ha sostenido “que «...paralelamente a...» el ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en la Constitución, «...el Ejecutivo puede decretar también disposiciones de carácter general que no serían reglamentos de ninguna ley en particular, ni siquiera de aquella que en casos dados resultara atributiva de su competencia», como por el Tribunal Supremo de Justicia, al afirmar que los reglamentos autónomos, «...dictados por la Administración sin sujeción a la existencia previa de una ley...», encuentran su justificación en «...necesidades de organización interna de la propia Administración...» ; y, que «...aunque en teoría pueda sostenerse en Venezuela la existencia de un poder reglamentario autónomo -discutible, según cierta doctrina-, este poder sólo es predicable en áreas que no sean de la reserva legal o en aquellas que no hayan sido objeto de regulación» mediante Ley”.

A pesar de que “en el pasado nuestra doctrina y jurisprudencia afirmaron que la aprobación de un reglamento en ejercicio de potestad reglamentaria era inherente a la función administrativa , y con base en esa premisa afirmaron también que en ausencia de norma constitucional o legal expresa que asignase a la Administración potestad reglamentaria, dicha potestad debía considerarse implícita en la función administrativa”, el profesor Muci Borjas objeta “en nuestro Derecho los reglamentos autónomos resultan admisibles siempre y cuando se limiten a

disciplinar asuntos internos de la organización administrativa. En estos casos resultan admisibles, decíamos, porque, ausente la Ley, la potestad reglamentaria encuentra su base en principios generales del Derecho Administrativo que informan la organización administrativa. Sólo recurriendo a esos principios generales que habilitan a la Administración para ordenar o sistematizar sus órganos y servicios, cabe conciliar el principio de legalidad con la potestad empleada para aprobar reglamentos autónomos.” Ojalá que estos criterios más acordes con un Estado de Derecho sirvan para ilustrar los nuevos derroteros de la justicia venezolana.

- IX -

A pesar del aparente carácter omnipotente de las actuaciones del Poder Ejecutivo, el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración Pública está sujeto a límites tanto adjetivos o formales, procedimentales podríamos decir, y también a límites de carácter sustantivo o material. El autor se dedica a examinar tales límites en los Capítulos VI y VII de su trabajo de incorporación. Se trata de las limitaciones establecidas como garantías del individuo y de la sociedad en general. Esas garantías imponen que para la elaboración de un reglamento se siga un procedimiento previamente establecido, en el cual se forme un expediente en el cual quede constancia de todas las actuaciones que acompañan el proceso de formación del reglamento, en particular de los informes, dictámenes y consultas, que tengan que ver con los aspectos técnicos y en cuanto a la incidencia presupuestaria de la normativa reglamentaria en consideración, que se hayan elaborado durante el mismo.

Muy especialmente debe mencionarse que la elaboración de un reglamento requiere la consulta pública del mismo, esto por mandato de la Ley Orgánica de la Administración Pública (artículo 90, ordinal 3°). Durante el procedimiento de formación del reglamento la Administración Pública debe determinar la necesidad y la legalidad del reglamento y motivarlo suficientemente, es decir exponer las causas que sirven de fundamento del reglamento. Se trata aquí al igual que para el caso de todos los actos administrativos de un requisito esencial. No obstante, generalmente la práctica administrativa venezolana muestra como

la motivación de los reglamentos es exigua por no decir inexistente y muchas veces, sobre todo en los tiempos más recientes, los preámbulos de los reglamentos son tan solo una declaración partidista que no cumplen con los mandatos mínimos de la Ley. Finalmente, en cuanto a los límites formales, el autor recuerda una norma generalmente desconocida u olvidada, y que en la práctica no es respetada: El Ejecutivo Nacional tiene el deber de aprobar los reglamentos necesarios para la eficaz aplicación y desarrollo de las leyes “dentro del año inmediatamente siguiente a su promulgación” (artículo 91 de la Ley Orgánica de la Administración Pública).

Un mérito importante del trabajo de incorporación es la conexión que establece el autor entre el trámite de formación del reglamento y el Derecho Internacional, para lo cual el profesor Muci Borjas utiliza la expresión “Derecho Administrativo Global”. El Derecho Internacional, bajo la forma de Derecho Administrativo Global, establece exigencias de naturaleza procesal ajenos al Derecho interno del Estado receptor de inversiones extranjeras y de tal manera brinda “una protección independiente a aquella brindada por el Derecho nacional”. Esa exigencia deriva del estándar de trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*) que no solo constituye una norma de Derecho Internacional consuetudinario sino que está reconocido en cada uno de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección vigentes para Venezuela. Este estándar del Derecho Internacional impone el deber de que la actuación de la Administración Pública en el procedimiento de formación de los reglamentos sea “transparente”. Coincidimos con el profesor Muci Borjas en que “la transparencia exigida por este canon del Derecho Administrativo Global supone, *inter alia*, consultas e intercambios de información previos con los inversionistas extranjeros protegidos por tratados bilaterales de inversión, de manera que cualquier modificación normativa resulte para ellos predecible. Asimismo, supone el deber de dar respuesta -oportuna y adecuada- a las consultas que los inversionistas extranjeros protegidos por tratados bilaterales de inversión pudieran llegar a formularle a la Administración.” De tal forma se constata, en palabras del autor, que “el Derecho Administrativo ha ido perdiendo, paulatina y progresivamente, el vínculo que lo ligaba de forma exclusiva con un Estado en particular”, fenómeno que ya había notado la doctrina alemana de

principios del siglo XX, especialmente con el gran aporte del profesor Karl Neumeyer (*Internationales Verwaltungsrecht*, Schweitzer, Munich, vol. 1, 1910; vol. 2, 1922; vol. 3/I, 1926; vol. 3/II, 1930 y el vol. 4, aparecido en 1936, Verlag für Recht und Gesellschaft, Zürich, y también del mismo autor “Le droit administratif international”, *Revue Générale de Droit International Public* 18 (1911), p. 492-499 y el artículo “Internationales Verwaltungsrecht: Völkerrechtliche Grundlagen”, en J. Hatschek & K. Strupp (eds.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, de Gruyter, Berlín, vol. 1, 1924, p. 577-581). Para beneficio de los asistentes vale la pena dar una breve información sobre este “fundador” de lo que hoy en día se conoce como Derecho Administrativo Global. Karl Neumeyer, de religión judía, fue Decano y Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Munich. En 1933, la barbarie del nacionalsocialismo le prohibió dar clases, ingresar al edificio de la Universidad y utilizar sus bibliotecas y le negó el derecho a publicar sus trabajos, por eso el volumen 4 de su monumental tratado que lleva el título de *Internationales Verwaltungsrecht* tuvo que ser publicado en 1936 en Zürich, Suiza. En 1941 se suicidó junto con su esposa Anna. Desde septiembre de 2008 el edificio donde funciona el *Institut für Internationales Recht* de la Universidad de Munich, ubicado en la Veterinärstraße 5, lleva el nombre de *Karl-Neumeyer-Haus*. En ese mismo Instituto de Múnich estudió ese sabio venezolano que fue Gonzalo Parra-Aranguren.

- X -

Como antes mencionamos, además de los límites procedimentales se establecen límites sustantivos al ejercicio de la potestad reglamentaria, los cuales también operan como garantías en favor de los particulares.

Para sintetizar el pensamiento del autor señalaremos, ante todo, que la potestad reglamentaria se encuentra condicionada por las normas constitucionales que determinan las materias cuya regulación se encuentra reservada a la Ley. Se trata aquí de la llamada “reserva de Ley o reserva legal”, de aquellas materias que solo pueden ser reguladas mediante ley de la Asamblea Nacional o -en ciertos casos especiales - mediante Decretos del Presidente de la República con rango de Ley. A

lo anterior se añaden las normas que distribuyen esa potestad reglamentaria entre una multiplicidad de Administraciones nacionales, estatales y municipales. Además, como ha sido tradicional en Venezuela, la potestad reglamentaria se halla limitada por la letra y el espíritu, propósito y razón de la Ley que el reglamento declara desarrollar. Pero también los principios generales del Derecho Administrativo imponen limitantes al ejercicio de la potestad reglamentaria, en particular el autor destaca la función de control que desempeña el principio *favor libertatis*, el principio de racionalidad, el principio de jerarquía de las fuentes y el principio de irretroactividad, todos ellos recogidos en la Constitución.

También entre las limitantes de carácter sustantivo destaca el autor la función del Derecho Internacional y en particular del llamado “Derecho Administrativo Global”. Aquí, insistimos, el Derecho Internacional se impone preferentemente y en adición a los estándares jurídicos nacionales. En materia de protección de inversiones se trata nuevamente de la aplicación del estándar de trato justo y equitativo, lo cual supone en esta materia que el Estado tiene el deber de elaborar normas claras e inteligibles en las materias relacionadas con las inversiones extranjeras y que los cambios que se le introduzcan a la reglamentación no deben ser súbitos o bruscos, garantizando la estabilidad del marco normativo y la previsibilidad de sus eventuales modificaciones. Además, la Administración Pública debe acreditar que las normas que aprueba se fundamentan en hechos y en argumentos jurídicos convincentes. Por ello señala, con razón, Muci Borjas que “Las referencias vagas o imprecisas al interés general son insuficientes para justificar la introducción de cambios al ordenamiento jurídico” y que el Estado tiene el deber de obrar con objetividad para así garantizar que cualquier cambio del ordenamiento legal interno “debe adelantarse de buena fe, quedando prohibida la aprobación de reglas arbitrarias o discriminatorias.”

En cuanto al Derecho Internacional y su incidencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria hay otros dos aspectos del trabajo de incorporación que quisiera destacar, a saber: La incidencia de los tratados internacionales de Derechos Humanos y la cooperación internacional entre Administraciones Públicas respecto del ejercicio de la potestad reglamentaria, aspectos ambos cubiertos en el trabajo del profesor Muci Borjas. En primer lugar, la Carta Iberoamericana de los Derechos y

Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública que tiene por objeto limitar o condicionar la actividad de las Administraciones de los distintos Estados. Al respecto destaca el autor que “a la Carta Iberoamericana la distingue una singularidad: en su texto se afirma que la misma -he aquí la novedad- es fuente de Derecho Administrativo Global”. Y además, la Carta incorpora el derecho fundamental a “una buena administración”, con lo cual amplía los estándares nacionales, y hace aplicable tal derecho fundamental a todas las actuaciones de la Administración Pública, que “se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, y muy particularmente de la tarea promocional que la cláusula del Estado Social le impone a los Poderes Públicos, a saber: crear las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo, al efecto, los obstáculos que impidan esa meta o propósito”, según nos dice el autor.

Y, en segundo lugar, me referiré a la cooperación inter-administrativa internacional. Esto lo ejemplifica el profesor Muci Borjas a tenor de la unificación de los estándares internacionales en materia aeronáutica. De tal manera, y no podía ser de otra, la necesaria uniformidad de normas para regular una actividad netamente internacional, como lo es el transporte aéreo transfronterizo hace que “La actuación de la Administración Pública venezolana también se encuentra limitada por normas dictadas por organizaciones internacionales, de diversa índole o naturaleza, que conforman el “gobierno global” *lato et improprio sensu*”. Por ello al Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), como máxima autoridad de aeronáutica civil de la República, es a quien compete dictar las regulaciones aeronáuticas venezolanas (artículo 7º, ordinal 5º de la Ley del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil), pero al dictar tales regulaciones el INAC debe proceder “...con base a los estándares internacionales” en materia aeronáutica, según se lo exige la propia Ley que lo regula. De tal forma, un necesario deber de cooperación impone las limitaciones sustantivas al ejercicio de las potestades reglamentarias en materia aeronáutica por parte de la autoridad venezolana.

Finalmente, señala el profesor Muci Borjas que “ha de tenerse presente que hay un conjunto de materias que no se hallan gobernadas por el Derecho Administrativo y que, por causa de ello, no pueden ser disciplinadas por la Administración mediante norma reglamentaria”.

Es decir, en su opinión habría leyes que no admiten reglamentación, “porque esas leyes se encuentran fuera del radio de acción del Derecho Administrativo”, como por ejemplo el Código de Procedimiento Civil, en tanto que las normas de este Código tengan como destinatarios a los particulares y al Poder Judicial, o el caso de las normas del Código Civil o del Código de Comercio que sean reguladoras de conductas entre particulares y que no supongan la intervención de la Administración Pública. Me limito a señalar que tales restricciones a la potestad reglamentaria son salvaguardas del ámbito propio de la libertad de los particulares y del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

- XI -

Toda la normativa aplicable al ejercicio de la potestad reglamentaria y al reglamento está sujeta a controles de diferente tipo, a saber, legislativo, administrativo y judicial. Esto forma parte del Capítulo IX del trabajo de incorporación. Sin embargo, hemos presenciado como durante los últimos años la Asamblea Nacional ha dejado de ejercer su función típica de producir leyes, otorgando de manera exagerada habilitaciones para que el Presidente de la República dicte leyes en las más variadas materias, incluyendo la materia tributaria y la penal. De tal manera, la Asamblea Nacional se ha negado a sí misma, y cuando en diciembre de 2015 reclamó el legítimo ejercicio de sus competencias constitucionales como órgano plural fue silenciada mediante emboscadas judiciales. Por eso hoy en día no hay control del ejercicio de las potestades del Poder Público; no la hay por parte del Poder Legislativo, porque es desconocido por los demás poderes y no lo puede haber por parte de órganos inconstitucionales como la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente. Pero lo más irregular, y así lo demuestra la investigación jurisprudencial del profesor Muci Borjas, es que el propio Poder Judicial, en especial el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, ha renunciado a la justicia, para convertirse en una oficina más del Ejecutivo Nacional: El Tribunal Supremo de Justicia ha renunciado a ser un tribunal de justicia. Ojalá que entendamos que la Sala Constitucional es el más grave problema constitucional que enfrentamos los venezolanos.

- XII -

El Capítulo X del trabajo de incorporación está dedicado al tema de la derogatoria de los reglamentos, tema de evidente utilidad práctica vista las constantes y frecuentes mutaciones de la legislación venezolana. En particular me gustaría destacar la cuestión desarrollada en el trabajo de incorporación acerca de la derogatoria de la Ley Primaria y sus efectos sobre el reglamento dictado para asegurar su cumplimiento, en especial cuando se trata de reformas parciales de la llamada Ley Primaria, pues de tratarse una derogatoria general no quedará Ley que reglamentar.

Para ilustrar este punto quiero tomar un ejemplo de la experiencia propia de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. La Ley de creación de nuestra Academia fue dictada en 1915. A tenor de sus disposiciones, en 1917, la propia Academia dictó sus “Estatutos”, aparentemente de naturaleza reglamentaria, los cuales habían sido aprobados por el Ejecutivo Nacional. En 1924 se modificó parcialmente la Ley antes referida. Pues bien, en la sesión extraordinaria de la Academia celebrada el 10 de septiembre de 1924 el académico Francisco A. Guzmán Alfaro “manifestó que por virtud de la nueva Ley referente a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, quedaban implícitamente derogados los Estatutos de la misma, y que en consecuencia proponía que se consideraran suficientes siete miembros para el quorum de las sesiones ordinarias, y diez para las extraordinarias”. Dicha moción fue votada y aprobada. Inmediatamente, el académico Rafael Cabrera Malo propuso “que mientras se dictan nuevos Estatutos quedaran vigentes los actuales, en lo que no se oponga a la nueva Ley, sin que por ello dejara de tener eficacia para determinar el quorum la propuesta aprobada del Dr. Guzmán Alfaro”. Esta nueva moción también fue votada y aprobada (Acta de la sesión extraordinaria de 10 de septiembre de 1924, *Libro de Actas de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 1917-1937*, p. 131 a 133).

A pesar de las diferencia doctrinarias que se citan en el trabajo de incorporación, es de seguir lo afirmado por Muci Borjas: “Los reglamentos no pierden su validez por la sola modificación de la Ley que le sirve de fundamento, porque su legalidad sólo puede enjuiciarse a la

luz de las circunstancias existentes para el momento de su aprobación. Los cambios en el ordenamiento jurídico producto de la sobrevenida entrada en vigor de normas legales o de superior rango o jerarquía sólo pueden comportar la ineficacia de las normas reglamentarias contrarias a las precitadas normas legales”. Es esa -creo- la posición correcta que, como ya mencionamos, también encuentra apoyo en los mencionados antecedentes documentados en los libros de esta Academia. Por lo amplio y bien documentado que es el trabajo de incorporación, así como por su buena presentación y útil contenido es que considero que el mismo cumple suficientemente con los requisitos del artículo 5º, ordinal 4º de la Ley sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales y en el artículo 13 del Reglamento de la Academia, y en consecuencia debe considerarse que José Antonio Muci Borjas ha dado por satisfechos los requisitos para ser admitido como miembro activo de esta Corporación.

- XIII -

José Antonio Muci Borjas llega a esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales luego de una destacadísima actividad en la docencia universitaria y de dedicación a la más rigurosa investigación científica, además de haber sido un abogado comprometido con sus responsabilidades públicas y privadas.

Nació en Caracas el 10 de septiembre de 1962. Es el segundo de tres hermanos. José Gonzalo el mayor; Isabela la menor. Todos ellos hijos del doctor José Muci-Abraham, respetadísimo profesor, académico y antiguo presidente de esta Academia, y de la señora María Dolores Borjas de Muci, nacidos ambos en Valencia, estado Carabobo. Al Dr. Muci-Abraham le gusta recordar que él es hijo de don José Muci, inmigrante libanés de profesión comerciante, y de doña Francisca Mendoza, venezolana oriunda de Guayabal, estado Guárico. Doña María Dolores Borjas de Muci es hija de don Leonidas Borjas, de San Carlos, estado Cojedes, y contabilista de profesión, y de doña Soledad Febres Cordeiro, oriunda de Rubio, estado Táchira.

Leonidas, el abuelo materno del profesor Muci Borjas, fue el hermano menor del doctor Arminio Borjas, quien a su vez fue Individuo de Número fundador de esta Academia (Sillón N° 20), autor de la famosa

obra *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, por la cual estudiamos los que cursamos la carrera de Derecho durante la vigencia del Código de 1916.

Inició Muci Borjas sus estudios en el colegio La Salle-La Colina, en La Florida, Caracas. Allí estudió sólo hasta tercer grado porque sus padres quisieron que sus hijos aprendiesen alemán y, por ello, inscribieron a los hermanos en el Colegio Humboldt. Fue en este último colegio en el que se graduó de bachiller.

Durante sus estudios universitarios, nos relata el profesor Muci Borjas, que tuvo la fortuna de trabajar junto al doctor Allan R. Brewer-Carías, antiguo Presidente de esta Academia. Por encargo suyo, revisaba sentencias para su inclusión en la Revista de Derecho Público. También colaboró con él en la revisión de sus *Instituciones Políticas y Constitucionales* y en la búsqueda, en la Biblioteca Nacional, de uno de los textos luego publicados en sus *Constituciones de Venezuela*.

De trabajar con él -y, antes, de oírle dar clases en la Universidad Central de Venezuela, porque fue allí donde cursó el profesor Muci Borjas el primer año de la carrera de Derecho, antes de su traslado a la Universidad Católica Andrés Bello para culminar la carrera- viene su pasión por el Derecho Administrativo. Nos comentó que él comenzó sus estudios de Derecho en la Universidad Central de Venezuela por haber sido esa el *alma mater* de su padre, pero las reiteradas protestas y suspensiones de clases durante aquel año lo llevaron a migrar a la Universidad Católica Andrés Bello.

Nos cuenta Muci Borjas que fue el profesor Brewer-Carías quien le enseñó la valía de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo. También fue Brewer quien le motivó a escribir su primer ensayo: *La Retrocesión en la Expropiación Forzosa*, publicado en 1989, pues a partir de un comentario que le hiciera Muci Borjas a Brewer Carías respecto de la actualización de sus *Instituciones Políticas y Constitucionales* el último le dijo: “Eso es materia de un artículo o de un libro. Escríbelo y lo publicamos.”

Desde el año 1988 es profesor en la Universidad Católica Andrés Bello. Actualmente está a la espera del veredicto del Jurado sobre el Trabajo de Ascenso a la condición de Titular que presentó a esa Universidad. Ha dictado clases en pregrado de Derecho Administrativo III

[Económico], de Derecho Administrativo I y luego de Fundamentos de Derecho Administrativo y en el posgrado ha dictado el curso de Bases Constitucionales del Derecho Tributario y, más recientemente, Potestad Reglamentaria y Reglamento.

Una vez culminados sus estudios de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello optó por estudiar en Italia “porque -nos dice- allí Massimo Severo Giannini dirigía un posgrado de Derecho Administrativo en el que, además, daba clases. *Potere Pubblico* se llamaba su asignatura”. El profesor Giannini fue Miembro Correspondiente Extranjero de nuestra Academia. Durante el segundo año de su posgrado en Italia pudo realizar estudios adicionales de Derecho Administrativo, Derecho Procesal y Derecho Tributario.

A lo largo de los años ha continuado su proceso de actualización de manera regular. Eso explica sus estudios durante el año 1994 en la Universidad de Miami, Florida. Allí, como *Visiting Scholar* adelantó estudios de Derecho Constitucional y de Derecho Tributario. En 1996 cursó la especialización en Derecho Financiero en la Universidad Católica Andrés Bello. Más recientemente, como Investigador Invitado cursó estudios sobre los Tratados Bilaterales de Inversión en la Universidad Carlos III de Madrid, España.

El profesor Muci Borjas me ha repetido una y otra vez que sus padres siempre les dijeron a él y a sus hermanos, -y así fue-, “que dentro de sus posibilidades económicas no escatimarían en nuestra educación, porque nadie podría quitarnos los conocimientos aprendidos; y que, llegado nuestro momento, debíamos tratar de brindarle a nuestros hijos mayores oportunidades que las que a nosotros ellos nos dieron. He tratado que sea así.”

Y los hechos lo demuestran. María Juliana, su hija, graduada en Comillas, España, es abogada con especialización en Relaciones Internacionales, con posgrado en la *Georgetown University* en la capital de los Estados Unidos de América. José Antonio, su hijo, abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, hoy cursando posgrado en la Universidad de Leiden, Holanda y ya admitido para un segundo curso de posgrado en la *Georgetown University*. María Juliana y José Antonio, hijo están hoy aquí en el Paraninfo acompañando a su padre.

El profesor Muci Borjas me ha dicho que de su padre es mucho lo que ha aprendido. A lo cual añade que su padre “un hombre y un ciudadano de excepción; mi mejor Profesor, sin duda alguna”, me dice él, con admiración y respeto. Una de las cosas que le ha enseñado su padre es “escribir siempre con un Diccionario de la Real Academia de la Lengua a mi lado”.

El primer libro del profesor Muci Borjas, que lleva el título de *La Retrocesión en la Expropiación* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988), está dedicado a sus padres: A su papá a quien él llama “mi primer y verdadero Maestro en el mundo del Derecho” y a su madre “a cuyo amor y dedicación debo -en grandísima medida- lo que soy”, dice Muci Borjas.

En un ámbito personal me relata que su pasión por el Derecho Administrativo la ha combinado con el litigio en Venezuela y, más recientemente, en procesos arbitrales en el extranjero. Y aunque como litigante ha llegado a representar a contados órganos y funcionarios públicos venezolanos, a lo largo de su carrera ha habido una constante, que en sus palabras reza así: “El enfrentamiento con el Poder para demandar su control en esa interminable pugna, en ese inagotable conflicto entre la autoridad y el ejercicio del Poder y los derechos y libertades ciudadanas, que define al Derecho Administrativo. En general, mis trabajos de investigación siguen esa línea”. Y este su trabajo de incorporación *Potestad reglamentaria y reglamento (Anotaciones sobre la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas y el reglamento como fuente de Derecho Administrativo)* es un fiel testimonio de lo predicado: Un esfuerzo más en la lucha por el control del Poder Público y un reclamo de respeto a la condición jurídica del individuo.

En el camino que ha transitado José Antonio Muci Borjas desde las aulas universitarias hasta este Paraninfo lo ha acompañado una maravillosa mujer de singulares cualidades, con la cual no solo ha tenido y criado a dos buenos hijos, si no que ha sido ella la que le ha brindado todas las alegrías que le han permitido al nuevo académico hacer de él todo lo que ha podido ser: Un hombre de bien, un buen venezolano y un gran jurista. Por eso, su compañera de vida, la señora Angèle Richa de Muci, también abogada, y a quien también le dedicara su primer libro, es acreedora de este reconocimiento que hoy le hace la Academia

de Ciencias Políticas y Sociales a la trayectoria y obra de José Antonio Muci Borjas.

Llega el profesor Muci Borjas a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con cuatro libros y 37 artículos publicados, y casi treinta años de docencia universitaria. La calidad de sus publicaciones y, en especial, de este maravilloso trabajo de incorporación demuestran que José Antonio Muci Borjas posee “reconocida e incontestable competencia en el dominio de las Ciencias Políticas”, tal como lo exige el artículo 1º de la Ley que rige a la Academia. Esperamos y deseamos que el seno de la Academia le sea fecundo para multiplicar la producción bibliográfica de tan valioso jurista y hombre venezolano.

- XIV -

Una vez satisfechos los requisitos para su incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, de conformidad con el protocolo académico le corresponde a Usted, profesor Muci Borjas, prestar ahora el juramento de cumplir la Ley, el Reglamento y demás disposiciones de la Academia, se le colocará la medalla y se le hará entrega del diploma correspondiente por parte del Presidente de la Academia. La medalla, que pende de un cordón rojo, que es el color de los abogados según privilegio conferido por el papa Benedicto XII en 1336 a los doctores de la *faculté de Décret* de París, la deberá portar en los actos solemnes, como el de hoy, pero no es para envanecerlo, sino para recordarle su inmenso compromiso con su Academia y con su país. En su medalla verá que aparece una antorcha “como símbolo de la justicia y de la ciencia” y sobre la antorcha, en tres líneas de arriba abajo, aparecen las siguientes leyendas: *Verdad-Humanidad-Leyes Sociales*. Ellas han de marcar su actuación. Permítame que le comparta lo que he tratado de hacer mi lema académico: *La Academia de Ciencias Políticas y Sociales está al servicio del país, y servir al país es un honor*.

Profesor Muci Borjas: Me complace mucho poder darle la bienvenida a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que tanto espera de Usted como científico del Derecho, como venezolano preocupado por su país y por su universidad. Esta Academia se ha de convertir en espacio para motivarlo en sus investigaciones y también para exigirle más

obras de su autoría, por lo menos tan notables como esta que hoy nos ha presentado acerca de *Potestad reglamentaria y reglamento*. Lo felicito muy sinceramente por su trabajo. Es un trabajo de excelente calidad y el mejor sobre el tema de los escritos en el país, y su hijo José Antonio Muci Richa debe estar muy orgulloso, además, porque a él, Usted le ha dedicado este trabajo de incorporación.

- XV -

Antes de descender de este púlpito de Santo Tomás le voy a pedir a Usted, profesor Muci Borjas, que me conceda un privilegio: Quisiera pedirle que me permita que sea yo el primero en darle un abrazo de bienvenida académica.

Señoras, señores:

Doy así por cumplida la misión que me fue encomendada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Nuevamente, felicitaciones muy sentidas al nuevo académico, profesor José Antonio Muci Borjas.

**SESIÓN SOLEMNE
DEL ACTO DE INCORPORACIÓN
DEL PROFESOR GUILLERMO GORRÍN FALCÓN
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 20.
16 DE OCTUBRE DE 2018.**

**DISCURSO DE INCORPORACIÓN
DEL PROF. GUILLERMO GORRÍN FALCÓN
A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES.**

Señores

Presidente y demás miembros de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señores Individuos de Número de la Academia y de las demás Corporaciones Académicas

Señora Josefina Coto de Tejera París y demás miembros de la familia del doctor Enrique Tejera París

Apreciados colegas y amigos

Señoras y señores

El día 08 de junio de 2016 el entonces presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, doctor Eugenio Hernández-Breton, me notificó que había sido electo individuo de número para ocupar el sillón n° 20, “vacante por el sensible fallecimiento del doctor Enrique Tejera París”.

Deseo expresar mi agradecimiento por la distinción con la que he sido honrado por los integrantes de esta Corporación al elegirme para ocupar el sillón n° 20, en el que me han precedido notables venezolanos por su destacada actividad en las ciencias políticas y sociales, como lo fueron los doctores Arminio Borjas, Edgar Sanabria Arcia y Enrique Tejera París.

Agradezco a los individuos de número de esta Corporación, doctores Ramón Escovar León, Humberto Romero Muci, Henrique Iribarren Monteverde, Luciano Lupini Bianchi, Enrique Urdaneta Fontiveros, Rafael Badell Madrid, Alberto Baumeister Toledo y Luis Henrique Farías Mata por la postulación para mí elección como miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. A todos los integrantes de esta Corporación agradezco me hayan considerado como un abogado con los méritos académicos, profesionales y personales suficientes para formar parte de tan distinguida institución.

Con la incorporación que hoy tiene lugar paso de manera vitalicia a dedicarme al desarrollo y progreso de las ciencias políticas y sociales, además de comprometerme a cooperar para el logro de las otras atribuciones que a esta Academia se le adjudican en el artículo 2° de su Ley fundacional.

Quienes me precedieron en el sillón n° 20 fueron individuos caracterizados por haber alcanzado el mayor reconocimiento en los diversos e importantes cargos que desarrollaron a lo largo de su vida. La obra de cada uno de ellos ha tenido un destacado lugar en la historia de Venezuela, lo cual da fe de cuanto pongo de relieve aquí.

Entre mis predecesores figuran dos que ejercieron transitoriamente la presidencia de la República: los doctores Arminio Borjas y Edgar Sanabria.

El doctor Borjas fue fundador de esta Academia en el año 1915 y presidente de las tres ramas del Poder Público Nacional para su época. Estuvo a la cabeza del Congreso Nacional y de la Corte Federal y de Casación. El 19 de abril de 1936 le correspondió encargarse de la Presidencia de la República, en su condición de presidente de la Corte, por el fallecimiento del general Juan Vicente Gómez.

El doctor Sanabria pasó a ocupar el cargo de Presidente de la República, al presidir, como consecuencia que el Contralmirante Wolfgang Larrazabal optó como candidato en las elecciones a la Presidencia de la República del 07 de diciembre de 1958, la Junta de Gobierno que provisionalmente reemplazó al régimen dictatorial derrocado el 23 de enero de 1958.

Entre los doctores Edgar Sanabria y Enrique Tejera París existieron fuertes lazos que este último destaca en sus memorias. El doctor Sanabria fue su profesor de Derecho romano, su mentor en asuntos internacionales y también su jefe en Miraflores.

PANEGÍRICO DEL DOCTOR ENRIQUE TEJERA PARÍS

El doctor Enrique Tejera París se destacó en todos los cargos que ocupó dentro y fuera de Venezuela. De manera especial debo señalar los 72 años que estuvo dictando cátedra en nuestras universidades.

No tuve el honor de conocerlo, pero afortunadamente el doctor Tejera París escribió sus memorias. Su lectura, como la más íntima experiencia de las conversaciones por mí sostenidas con sus familiares, me han permitido un contacto indirecto con él, pero legítimo, por tratarse de las más originales fuentes. Por otra parte, la lectura de la autobiografía del doctor Tejera París me permitió vivir, como si en efecto lo hubiera presenciado íntegramente, el período de la historia contemporánea venezolana comprendida entre 1919 y 1980.

DE LA JUVENTUD DEL DOCTOR ENRIQUE TEJERA PARÍS

El doctor Tejera París nació en la ciudad de Caracas el 29 de abril de 1919. Sus padres fueron un reputado médico, el doctor Enrique Guillermo Tejera Guevara, proveniente de Valencia, estado Carabobo, y una adorable caraqueña, la señora Valentina París Ambard.

El doctor Enrique Tejera Guevara fue un eminente médico, científico y político venezolano. Fue Ministro de Sanidad y Asistencia Social de Venezuela, Ministro de Educación y creador del Instituto Nacional de Higiene. Se especializó en investigaciones de microbiología, en particular hongos, aislando especies nuevas como el *Streptomyces venezuelae*, utilizado para elaborar el cloranfenicol, uno de los primeros antibióticos fabricados sistemáticamente a gran escala. También luchó contra el paludismo, la malaria y descubrió en nuestro país, en el año de 1919, el mal de Chagas.

El doctor Enrique Tejera París cursó estudios de bachillerato en el Colegio La Salle de Caracas hasta obtener el título de bachiller en 1936, año en el cual sufrió la dura pérdida de su madre, quien falleció en Francia, mientras su padre era ministro en Bélgica. Es esta la razón por lo que lamentablemente poco podría yo decir de Valentina París Ambard.

El doctor Tejera París mostró constantemente cuán importante eran para él los afectos familiares. Es difícil impedir la emoción que logra despertar en el lector cuando se refiere a su madre y a su padre. Con este último le unió una relación fascinante. Lo mismo se experimenta cuando hace referencia a su esposa Josefina Coto de Tejera París. Al conocerla, comprendí las razones por las que se expresaba de ella del modo como ha quedado registrado en su autobiografía.

Durante sus estudios de pregrado el doctor Tejera París cursó simultáneamente las carreras de Economía y Derecho. En el año de 1942 obtuvo ambos títulos, destacando, la mención *Summa Cum Laude* en Derecho y el grado de doctor en Ciencias Políticas.

Como estudiante de pregrado fue delegado estudiantil, presidente de la Federación de Estudiantes de Venezuela y asistente del Laboratorio de Psicometría y Orientación Vocacional a cargo de la profesora de Psicología Aplicada, la Dra. Rosa Padlina. Desde temprana edad manifestó su inclinación por la educación a un nivel profundo y técnico, una herramienta que consideró útil y aplicó durante su vida en pro del desarrollo de su otra gran pasión: Venezuela.

Era un hombre estudioso, un ávido lector. Prueba de esta cualidad es que durante el curso de sus estudios de Derecho el doctor Tejera descubrió que la traducción al castellano de la conocida obra del profesor Eugène Petit, titulada *Tratado elemental de Derecho Romano*, a veces decía lo contrario a lo que se lee en con la versión original en francés. De este hecho notificó al doctor Juan José Mendoza, quien al comparar ambas versiones le respondió “Estudien por Ortolán o Girard. Cuando le cojan desconfianza a algo, abandonéno, no traten de componerlo”.

EL GOBIERNO DE ISAÍAS MEDINA ANGARITA (1941-1945), EL TRIENIO DE ACCIÓN DEMOCRÁTICA (1945-1948)

En el año 1943 el doctor Tejera París cursó el post grado en Monedas y Banco en la UCV, y comenzó en esta universidad como profesor de Administración Pública y de Derecho constitucional. Su actividad académica no se limitó a dar clases, fue proactivo en la dirección, reforma y creación de nuevas cátedras. Así como en la

El doctor Tejera formó parte del Partido Nacional Democrático (PDN) desde 1937, del cual surgió Acción Democrática (AD), en 1941. Su carácter firme, su profesionalidad, se impusieron a toda subjetividad. A partir de 1941, no obstante formar parte de la oposición al gobierno del General Isaías Medina Angarita, tuvo a su cargo por cuatro años la Fiscalía de Seguros y lo desempeñó de manera eficiente e intachable.

El doctor Tejera París contrajo matrimonio con Carlota Rodríguez Machado en el año de 1942. De esa unión nacieron Enrique y Diana, sus hijos mayores.

En 1945 formó parte del Comité de Desarme de la Internacional Socialista que se reunió en Moscú, con Leonid Breshnev. Fue testigo de excepción sobre la importante condición geopolítica que la Unión Soviética atribuía a Venezuela. La USSR nos calificó como objetivo militar atómico, por nuestra cualidad de fiel suministrador de petróleo a Estados Unidos e Inglaterra.

Durante el periodo 1945-1948, el doctor Tejera desempeñó diferentes cargos. Entre estos cabe destacar sus logros en el desarrollo de políticas de migración eficaces para Venezuela, como jefe de la Misión de Inmigración en Roma (1947-1948), cuyo propósito era el de promover la inmigración de ciudadanos europeos. Esto permitió el inicio de una importante corriente inmigratoria selectiva en nuestro país, que ha contribuido al desarrollo y transformación significativa de Venezuela.

LA DICTADURA DEL GENERAL MACOS PÉREZ JIMÉNEZ Y EL EXILIO

El doctor Tejera París estuvo en el exilio durante seis años (1951-1957) de la dictadura de Marcos Pérez Jiménez. Trabajó junto con otros exilados como Rómulo Betancourt, Gonzalo Barrios, Jóvito Villalba, por la restitución de la democracia en Venezuela.

El doctor Tejera París fue contratado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como integrante de la misión enviada a Brasil para fundar la Escuela Superior de Administración Pública “Getulio Vargas”, en la que se desempeñó como profesor de Organización y Método. Igualmente, participó en la misión de la ONU que llevó a cabo el mismo cometido en países de Centroamérica como Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador. Por último, fue nombrado jefe de la misión de la ONU para hacer el estudio de planificación en toda la América. Su intachable ejecución en estos cargos fue la causa de su vertiginoso ascenso dentro de la ONU, organización que apenas contaba con seis años de fundada; como Profesor en La Sorbona; y, conferencista en la Universidad de Harvard.

Su habilidad como negociador se vio reflejada en los logros de las misiones de que formó parte en la ONU, como en pro de la unidad que caracterizó los tiempos iniciales de la democracia en 1958. Fue el doctor Tejera París la persona a quien Rómulo Betancourt le encargó la tarea de iniciar las negociaciones para la unidad entre los tres más poderosos partidos políticos para 1957, AD, el Comité de Organización Política Electoral Independiente (COPEI) y la Unión Republicana Democrática (URD). Esas negociaciones son el precedente al Pacto de Puntofijo firmado el 31 de octubre de 1958.

El doctor Tejera París se casó con Josefina Coto Asenjo el 27 de agosto de 1957. De esta unión nacen sus hijos Mariela, Carlos, Álvaro y Gonzalo. Es particularmente emotiva la forma como el doctor Tejera París se refiere a esta unión, pone en evidencia que entre lo más importante en la vida está encontrar la pareja que proporcione el equilibrio afectivo.

LA ACTIVIDAD CON OCASIÓN DE LA FUNDACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN 1958

Ante la caída del régimen del general Marcos Pérez Jiménez, el 23 de enero de 1958, Tejera París renunció inmediatamente al cargo de jefe de misión de la ONU, regresando el 24 de enero de 1958 a Venezuela, para aportar sus esfuerzos a la naciente democracia; a proporcionarle sustentabilidad.

En 1958 el doctor Tejera París fue designado primer jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación (CORDIPLAN), creada el 27 de junio de 1958 por la Junta de Gobierno presidida por su predecesor en este sillón, el doctor Edgar Sanabria Arcia.

CORDIPLAN la organizó y le dio vida el doctor Tejera París: esta labor estaba en línea con su destacada participación en las misiones de la ONU. Además, esa oficina fue la concreción de un proyecto personal que él forjó como consta de memorándum dirigido al doctor Juan Pablo Pérez Alfonzo en noviembre de 1945. Para el doctor Tejera el objetivo principal de CORDIPLAN era crear un mecanismo igualador entre venezolanos y entre estos y los inmigrantes calificados, mecanismo que se fundaba en una mejora sustancial de la educación.

Luego de la elección del 7 de diciembre de 1958, el Doctor Tejera París fue designado por Rómulo Betancourt Gobernador del estado Sucre. Estamos en la época en que no obstante la Constitución de 1961 consagraba que Venezuela era una federación (art. 2) los venezolanos no escogíamos a nuestras autoridades regionales. La costumbre que había imperado en Venezuela desde los tiempos de Guzmán Blanco, según comenta el doctor Tejera, era la designación a dedo de las autoridades estatales y municipales. Las primeras elecciones regionales generales en Venezuela fueron celebradas el 3 de diciembre de 1989.

El Doctor Tejera París ejerció el cargo de gobernador del estado Sucre entre el 18 de febrero de 1959 y el 26 de diciembre de 1961. Sucedió en ese cargo al Doctor Eloy Lares Martínez, destacado jurista venezolano que fue un distinguido miembro de esta Corporación.

Como Gobernador del estado Sucre el doctor Tejera mostró nuevamente su interés por satisfacer una necesidad que hoy día es considerada prioritaria a nivel mundial para la institucionalización de todo país: el desarrollo de la educación. En tal sentido abrió escuelas para formar 3.000 maestros y creó 3.000 nuevas aulas. Además, implementó un plan para incentivar la asistencia de los alumnos, o para evitar situaciones que propendían a la deserción estudiantil: proveyó de calzado a los estudiantes para impedir se contagiarán por los pies con enfermedades que su padre había combatido.

En el año 1962 el doctor Tejera pasó a ser presidente del Banco Industrial de Venezuela (BIV). La labor que allí llevó a cabo de nuevo se caracterizó por la transparencia y la eficiencia, virtudes que eran propias de su personalidad. Cabe destacar que su gestión arrojó, entre otros resultados positivos, que el BIV honró todas las deudas y aumentó ocho (8) veces el capital social.

A partir de su salida del BIV Tejera París ejerció distintos cargos diplomáticos. Es así como entre 1963 y 1968 fue embajador de Venezuela en Estados Unidos de América y paralelamente en la Organización de Estados Americanos (OEA). Eran tiempos difíciles para nuestro país, estábamos asediados por dos contrapuestas tendencias antidemocráticas: los comunistas y quienes deseaban el regreso de una dictadura militar como la que se había derrocado en 1958.

El doctor Tejera París se caracterizó por ser uno de los principales voceros en contra del gobierno de Fidel Castro. En aquel entonces también fue designado Director Ejecutivo, en representación de Venezuela, México y Centroamérica, ante el Fondo Monetario Internacional (FMI).

Fue senador principal de la República de Venezuela durante el período 23 de enero de 1969 – 23 de enero de 1974, por el Distrito Federal. También, fue Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, entre el 2 de febrero de 1989 y el 26 de agosto de 1989.

LA OBRA DEL DOCTOR TEJERA PARÍS

La obra escrita que nos dejó el doctor Tejera París estuvo dirigida a fomentar el desarrollo más eficiente de la actividad del Estado, bajo la ideología política de la Socialdemocracia que él profesó, con la firme convicción que esa sería la vía para la consecución del bienestar común de los venezolanos.

Dejó constancia de su pensamiento crítico ante la situación de nuestro país. Su posición era contraria a la auto-denigración que en Venezuela se ha convertido en conducta reiterada, a la vez, su lealtad no impidió que se manifestara de forma objetiva, cuantas veces lo consideró oportuno y por todos los medios a su disposición, desaprobando aquello que solo se podría traducir en un perjuicio para el país.

Entre sus publicaciones encontramos las siguientes *Los empleados públicos y la reforma administrativa* (1945); *organización de oficinas públicas* (1948); *Organigramas y flujogramas* (1954); *Dos elementos de gobierno* (1960); *Administración pública* (1962); *La formación de un caraqueño*. Memorias, primer tomo, (1994-1996); *la constitución somos nosotros mismos* (1999); *Venezuela y el dios de los borrachos*. Semi-memorias (2007); *Dos golpes y una transición*. Memorias (1945-1958), segundo tomo (2009); *Gobierno en mano*. Memorias (1958-1963), publicado en (2009); *Cuando Venezuela tenía razón*. Memorias, cuarto tomo (2013).

Su trabajo de incorporación a esta Corporación se titula “Contribución a la reforma del Estado: planificación, políticas y toma de decisiones, la figura del Primer Ministro”.

DE LA CONTINUIDAD DE SUS ACTIVIDADES ENTRE 1989 Y 2015

Durante el periodo constitucional 1993-1998 el doctor Tejera fue sucesivamente embajador de Venezuela ante la ONU y ante el Reino de España. El doctor Tejera París continuó sus actividades académicas entre 1998 y 2014, impartiendo clases en la UCV. Prueba evidente de su perseverancia es que a los noventa y cinco años manejaba desde su casa, en la urbanización de Oripoto, hasta la UCV para impartir sus lecciones.

A lo largo de su vida formó una biblioteca voluminosa donde, en un ambiente ideal, el de la familia y el hogar, adquirió y renovó constantemente conocimiento.

Enrique Tejera París falleció en la ciudad de Caracas el 11 de noviembre de 2015. Los venezolanos lo recordamos como un caballero y una persona singular que se caracterizó por un hablar pausado. Fue un hombre honesto, sencillo, medido, consecuente, analítico, coherente, especialmente inteligente. Con un sentido del humor extraordinario.

Entre sus actividades tenía un especial lugar caminar. Formó parte de los Boys Scout de Venezuela, fundando su propia tropa.

La sencillez del doctor Tejera París es quizás la cualidad de él que más se ha de destacar. Se pone en evidencia cuando en una entrevista que le realizó el diario regional El Impulso, el 30 de agosto de 2015, al preguntarle el entrevistador ¿Cómo quisiera ser recordado, doctor? Él respondió:

“Yo creo que no voy a ser recordado por mis escritos, ni por lo que he hecho. En el fondo, yo creo que no voy a ser recordado por nada”.

En cuanto a esa opinión del doctor Tejera me veo obligado a diferir. A tres años de su lamentable partida no ha sido olvidado, como este acto lo comprueba. Por otra parte, es propósito de esta Corporación, según lo previsto en el artículo 2º de la ley por la cual nos regimos, contribuir al desarrollo de las ciencias políticas y sociales, para lo que la obra de Tejera París deberá ser consultada por la valiosa información que contiene.

DEL TRABAJO DE INCORPORACIÓN

Como tema para dar cumplimiento a la obligación de presentar un trabajo de incorporación, conforme al artículo 5°, numeral 4°, de la Ley sobre Academia de Ciencias Políticas y Sociales, elegí el de *La causa como elemento de existencia del Contrato*.

En la investigación que llevé a cabo sobre el tema encontré información que me sorprendió.

En Venezuela la mayor parte de los estudios sobre la causa se han circunscrito a reproducir la doctrina clásica de Domat: “la obligación de cada una de las dos partes tiene por causa el compromiso asumido por la otra”. También se analizan las funciones que partiendo de tal premisa le han sido atribuidas a la causa por doctrina y jurisprudencia francesa desde el siglo XIX.

Bajo la doctrina de Domat, queda sin sólido fundamento la justificación de la causa en contratos en los cuales una sola de las partes resulta obligada, tales como los unilaterales, los reales y los de beneficencia o liberalidades.

A pesar del escepticismo de algunos y de la creciente tendencia a su eliminación, aún persisten razones para investigar la causa. El fundamento de esta afirmación es que lo desarrollado bajo tal noción, aun eliminándola, no es trabajo perdido. Antes bien, tienen aplicación por otra vía, como lo expondré más adelante. Por otra parte, en el caso de la causa, como es concebida en Italia, existe valiosa información sobre la calificación de los contratos y los intereses que estos tienden a satisfacer, material útil que permite entender las soluciones dadas a la frustración de tal satisfacción sin tener por fundamento la teoría de la causa.

El propósito del trabajo es invitar a explorar propuestas, evitando adoptar posturas radicales como causalista o anti-causalista, enfocándonos en cuáles son los problemas a resolver y cómo solucionarlos de la manera más acorde con el ordenamiento jurídico.

En el trabajo de incorporación opté por plantear el tema analizándolo desde el origen de la causa como elemento de existencia del contrato, hasta el estado actual. A tal fin dividí mi investigación en seis capítulos, sobre los cuales basta con resumir lo que a continuación expongo.

CAPÍTULO I, TERMINOLOGÍA EN MATERIA DE LA CAUSA COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA DEL CONTRATO

En este capítulo expongo el significado que suele atribuirse a la causa según las funciones que le son asignadas. Estas tienen como rol principal controlar la validez del contrato, tanto por ilicitud o infracción del orden público e interés general, como por violación a las buenas costumbres o la moral.

Las funciones en cuestión y su alcance, se expresan a través de la terminología empleada en relación a la causa con ocasión de su desarrollo según la noción de Domat y los franceses en general. Lo mismo ha ocurrido en la evolución experimentada en Italia a partir de 1900.

Lo importante es que a pesar de múltiples intentos de sistematización que se han pretendido llevar a cabo, la noción de causa siempre termina siendo ambigua, como la doctrina suele ponerlo en evidencia. Algunos autores la califican de *noción proteiforme*. Considero que la ausencia de rigor científico en esta materia es manifiesta, es un asunto constante en el tema.

En la sistematización que respecto de la terminología hice tuve el cuidado de señalar los términos equivalentes empleados entre el Derecho francés y el Derecho italiano, pero con distinto significado. Esto es relevante porque si bien el antecedente remoto de nuestro Código Civil es el francés de 1804, el inmediato es el Código Civil italiano de 1865, y en la reforma de 1942 el proyecto franco italiano de las obligaciones y de los contratos de 1927.

En Venezuela ha prevalecido la opinión que nuestro código sigue la tendencia francesa, no la italiana, no sin que esta última carezca de adeptos.

También hago referencia a la aparición consecutiva o evolutiva de nuevas expresiones de la causa, en la medida que fueron incrementándose nociones diversas para asignarle funciones que en definitiva atienden a resolver problemas distintos al de su presencia, al momento de la celebración del negocio jurídico, y a la licitud e inmoralidad del contrato. Se ve ahí claramente un efecto expansivo e innecesario de la noción en cuestión, que solo encuentra explicación en el deseo de justificar su permanencia.

CAPÍTULO II, DE LOS ANTECEDENTES A LA CONSAGRACIÓN DE LA CAUSA EN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN

Este capítulo es fundamental. Se circunscribe a un análisis que permite entender cómo se creó la causa y los antecedentes de su establecimiento como elemento de existencia del contrato.

Analizo en esta sección la situación en el Derecho romano; los materiales producto de la actividad ejecutada paralelamente por los glosadores y los canonistas; los análisis de los postglosadores; de los jurisprudencistas de los siglos XIII al XVIII; y, por supuesto, los desarrollos de quienes no sin discusión les es atribuida la autoría de la teoría de la causa, como es el caso de Domat y Pothier.

Producto de esta investigación resalto que, en el Derecho romano, dada la inexistencia de una conceptualización del contrato como existe hoy, no es posible pensar de la causa como su elemento de existencia.

En Derecho romano se empleaba la expresión *causa civilis* como la verificación de aquellas formalidades sin las cuales no era posible que existiera un contrato o de un proceder ritual (las palabras en los contratos *verbis*; la escritura en los contratos *litteris*; la tradición en los *re*, etc.), que *per se*, es decir, sin ninguna otra consideración, determinaban la existencia del negocio jurídico en cuestión.

Los abusos de la forma que tantos actos jurídicos ilícitos encubren, no son cosas del presente. En los tiempos de Roma se utilizaban figuras abstractas y formales, sin que aludieran a una razón de ser o justificación de lo convenido, como la *stipulatio*, para encubrir actuaciones irreales. Un ejemplo lo constituye el caso en el que no era efectivamente entregado el dinero que luego se reclamaba al deudor, o que la cantidad que se pretendía adeudada era mayor a la ciertamente recibida, encubriendo así intereses usurarios.

Esa forma de enriquecerse injustamente dio lugar a que el Derecho pretoriano, el de los magistrados caracterizado por resoluciones de equidad, por contraposición al rigor del Derecho civil o ley estatutaria, procediesen a corregirla, permitiendo alternativamente que el deudor se opusiera al cobro (*exceptio doli* o excepción *non numeratae pecuniae*); que ejerciera una acción que le permitiría obtener su liberación (*condictio cautionis* o *condictio incerta*); un mecanismo de protesta (*contesta-*

tio, quaestus, querela) dirigido a asegurar la posibilidad de invocar la excepción al cobro; o finalmente, si el deudor había pagado al acreedor lo que no debía, una acción que le permitiría obtener el reembolso de lo indebidamente pagado (*condictio indebiti*).

Algo similar se presentó no ya con respecto a un acto abstracto como la *stipulatio*, que ni goza de causa ni información podía aportar respecto de este requisito. Se trata de aquellas relaciones que en el Derecho romano no eran reconocidas como contratos y que incluso no daban derecho al ejercicio de ninguna acción o protección por el Derecho. Eran relaciones en las cuales una de las partes entregaba una cosa o ejecutaba una prestación antes que la otra hiciera lo propio.

Esas relaciones generaron un problema que no podía ser obviado y requería de una solución equitativa porque quien había cumplido no tenía, inicialmente, acción para exigir ante el no cumplimiento de su contratante que este le devolviera lo que había recibido, menos aún que le cumpliera, de manera que quien no permanecía fiel a lo convenido se enriquecía sin justificación.

El Derecho pretoriano solucionó ese problema acordando una acción denominada la *condictio ob turpem vel injustam causam*, que permitía solicitar la devolución de lo dado o la indemnización por lo cumplido, contra quien a su vez no había honrado su compromiso.

Todas las soluciones referidas no resolvían la cuestión central acerca de la existencia de una convención. La presencia de tales relaciones y sus consecuencias eran reconocidas, no como efecto de la existencia de contrato, por lo cual la causa no era requerida para que el vínculo entre partes se perfeccionara.

Sin embargo, la creación de la causa se ha pretendido justificar señalando que ella tuvo sus antecedentes en el Derecho romano. Por esta razón, destaco en este capítulo lo que reputados autores, de ambas tendencias, causalistas o anti-causalistas, consideran un error de método en la investigación llevada a cabo por glosadores y canonistas. Ese error, que se ha mantenido hasta el presente, se entrelaza con la incertidumbre que generó en los canonistas el inicio o gestación del principio *solus consensus obligat* como sustituto de las formalidades.

Ese error de método consiste en extrapolar indebidamente o desnaturalizar las soluciones dadas por el Derecho pretoriano a partir del

siglo IV a.c. hasta el I d.c. Las referidas soluciones fueron concebidas para impedir un enriquecimiento injusto, en el dominio de lo extracontractual y no de lo contractual.

Cuando a partir de inicios del siglo XII, en la obra titulada *Brachylogus iuris civilis* se califica a aquellas relaciones por primera vez como contratos innominados, por contraposición a los nominados que eran los sancionados jurídicamente en el Derecho romano, se genera terminológicamente una situación confusa. Es así como se atribuye a la solución aportada por el Derecho pretoriano un campo de acción que en él no tuvo; se la extiende a los contratos cuando no fue creada para atender a tales supuestos. Es bajo tales circunstancias que algunos autores ven en el Derecho romano una causa como elemento de existencia del contrato, cuando en realidad no era el caso.

De ahí en adelante se produjo, por un período aproximado de seis siglos, un desarrollo de conceptos con base al cual se arribó a algo distinto al consentimiento y al objeto como elementos de existencia del contrato. A ese nuevo elemento se lo denominó *causa final*, o el motivo jurídico que determina a cada parte a asumir una obligación. Ese móvil se identifica con la prestación u obligación que constituía la contrapartida a la que a su vez cada parte se obligaba, que es en definitiva la tesis de Domat y la que, no sin discusiones (porque en esta materia todo es discutido) se afirma fue acogida en el Código civil francés de 1804.

CAPÍTULO III, DE LA CONCEPCIÓN DE LA CAUSA EN LOS CÓDIGOS DECIMONÓNICOS Y LOS ANTI-CAUSALISTAS

Consagrada la causa en el Código de Napoleón, ella pasó a formar parte de todos aquellos códigos a los que sirvió de modelo el francés, como fue el caso del Código Civil del Estado de Luisiana en Los Estados Unidos de América (1828), el holandés de 1838, el de Bolivia de 1843, el de Chile de 1856, el rumano de 1864, el italiano de 1865, el de Uruguay de 1869, el de Venezuela de 1873, el de Colombia de 1873, el de Honduras de 1880 y el español de 1889.

En otros Códigos como el argentino de 1882, se duda si la causa es o no un elemento del contrato. En el portugués de 1867 y el brasileño de

1916, se afirma que si bien no se consagra como elemento de existencia sí se le menciona.

Finalmente, en los Códigos civiles de Austria de 1812, Alemania de 1900, y Suiza de 1907, la teoría de la causa no tuvo recepción. Respecto de estos Códigos resulta interesante que autores de distintas nacionalidades (franceses, italianos, argentinos) opinen que, aunque en esas leyes no se hace mención a la causa como elemento de existencia, ello no implica que la referida doctrina no está plasmada en esos textos legales.

Esos autores, al analizar los Códigos civiles donde no es discutido que la causa no es un elemento de existencia del contrato, no solo pretenden afirmar que la doctrina de la causa está consagrada en ellos, sino que aluden a la existencia de nociones que se relacionan con la causa o que, según ellos, realizan funciones similares.

El planteamiento expuesto significa la omisión de una posibilidad, como lo es el que esa pretendida similitud entre los Código de Alemania, Austria y Suiza, de un lado, y del otro el Código Civil francés de 1804, sea la consecuencia de la desnaturalización de los materiales tomados del Derecho romano ocurrida entre los siglos XI y XVIII, que solucionaban otros problemas, como ya expliqué. Por esa razón, en aquellos países donde tal error jurídico no se produjo, para los causalistas se encuentran aplicaciones similares a las que han implementado en sus códigos en virtud del error metodológico señalado.

Este segundo capítulo contiene un extenso desarrollo de lo que se ha denominado el anti-causalismo, tesis para la que basta con el consentimiento y el objeto como elementos de existencia del contrato. La omisión de un estudio detenido de las tesis de los anti-causalistas ha impedido tener una visión completa del tema. Tal omisión solo ha permitido un estudio parcial del asunto y carente de objetividad.

En el trabajo de incorporación expongo extensamente las tesis contrarias a la teoría de la causa. El operador jurídico puede confrontar las distintas tesis; un número significativo de casos; y sus respectivos análisis por lo integrantes de esa corriente.

Tales exposiciones ponen de manifiesto nuevamente que ha sido imposible, hasta la fecha, dar con un concepto único de un requisito de existencia del contrato. Esto supone una falencia en el método utilizado

para el análisis de la estructura de ese negocio jurídico: ¿cómo saber si existe aquello que uno de los elementos que le dan razón de ser no está definido? o ¿cómo presumirlo si desconocemos qué es?

Sobre las consideraciones de los anti-causalistas, explico que ellos consideraban la doctrina de la causa como innecesaria o inútil. Ellos son del criterio que todo lo que bajo el paragua de la causa ha sido expuesto se refiere a un acto de naturaleza psicológica, que por tanto forma parte del consentimiento, o se refiere a nociones propias del objeto del contrato, concretamente subsumibles en lo que se denomina la imposibilidad jurídica del objeto.

También pongo de relieve que para los anti-causalistas toda referencia a que las obligaciones que provienen del contrato, es decir, el efecto natural de este, no puede ser su elemento de existencia: el efecto no puede ser la causa de aquello que lo genera, tal propuesta representa una imposibilidad lógica.

CAPÍTULO IV, LOS NEO-CAUSALISTAS

La contraposición a los anti-causalistas también la analicé detenidamente, se denomina neo-causalismo, su principal representante fue el jurista francés Henry Capitant.

La respuesta de Capitant parte de una alteración sustancial de la doctrina original de la causa. Así, causa de la obligación no es solo la prestación que asume la otra parte, sino también, agrega Capitant, el obtener la realización de esta. De esa forma se amplía la concepción originaria.

Capitant no solo altera la teoría originaria, igualmente afirma que los contratos reales no son aquellos que se perfeccionan mediante la entrega de la cosa, que en cambio se trata de contratos consensuales y sinalagmáticos, cambiando la naturaleza formal de tales negocios jurídicos para adaptar estos a la teoría en cuestión.

Capitant se dedica a justificar la teoría de la causa de forma intensa, no puede negársele la organicidad en el tratamiento del tema. Para ello va más allá del momento del nacimiento del contrato, que es aquel en el que basta con que estén presentes los tres elementos de existencia. Él le asigna a la causa un rol en la solución de los temas de resolución

del contrato por incumplimiento; excepción de contrato no cumplido; y, teoría de los riesgos, propuestas que no han gozado de aceptación general, ni siquiera en Francia. Por el contrario, ese es uno de los temas más criticados al neo-causalismo, incluso por los propios causalistas.

Capitant, al igual que otros defensores de la teoría de la causa, no logra disociarla por completo de la voluntad de las partes, lo que le otorga fuerza a la crítica anti-causalista de que se le está confundiendo con el consentimiento, porque esa naturaleza subjetiva precisamente impide tratarla como un elemento autónomo de existencia.

CAPÍTULO V, DEL DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LA CAUSA EN EL SIGLO XX

En este capítulo se tratan los interesantes cambios que se produjeron en la evolución de lo que fue la teoría clásica de la causa. De este periodo se pone énfasis en las concepciones que se formularon buscando asignarle un carácter objetivo que prevaleciera sobre el subjetivo, la línea es reforzar el hecho que es no una noción inútil o innecesaria, ni se le debería confundir con los otros elementos de existencia del contrato como lo son el consentimiento o el objeto, tal como habían señalado los anti-causalistas.

En esta parte del trabajo expongo cómo, para solventar esa crítica situación, los autores franceses que precedieron a Capitant elaboraron nociones como la pretendida equivalencia objetiva entre las prestaciones recíprocamente asumidas por las partes. Bajo ese enfoque la causa es concebida como la traducción jurídica de un elemento económico, para así contraponerla al consentimiento como un asunto psicológico de índole subjetiva y al objeto en su aspecto de licitud, porque en lo que a este respecta, el orden público se concibe como la traducción jurídica de lo moral.

De tales propuestas se desprende que ese enfoque dejaba de nuevo sin una explicación satisfactoria la aplicación de dicha teoría a los contratos unilaterales, reales y a las liberalidades. Para tratar de solventar esta inconsistencia, se agregó a la pretendida equivalencia objetiva entre las prestaciones como elementos del contrato una distinción según se trate de contratos donde hay un equivalente deseado, donde aplicaría

sin reservas la nueva noción, como son los contratos onerosos, y los contratos con una ausencia deseada de equivalente, como en los contratos unilaterales y de beneficencia. Así surge la *causa suficiente*, que más que representar una definición trata de otra función que se le asignaba a la causa.

Siguiendo la línea investigativa del trabajo de incorporación, a la exposición de cada una de esas tesis de supuesto corte objetivo siguen las críticas formuladas. A esas propuestas se les objeta que en el Derecho francés la rescisión por lesión, figura que atiende excepcionalmente a solventar la falta pronunciada de equivalencia entre las prestaciones, solo procede en los casos y alcances taxativamente determinados por ley, como también ocurre en España, Italia, Venezuela y otros ordenamientos jurídicos. Al procurar generalizar la aplicación de la *causa suficiente*, se atenta contra la ley misma y se pone en riesgo la estabilidad de los contratos al concederle al juez el poder de extinguirlos, por considerar existente un desequilibrio entre prestaciones.

Ese intento de parte de la doctrina francesa de dotar de naturaleza objetiva a la causa también es criticado cuando se atiende a la ilicitud o inmoralidad del contrato. Para tales propósitos se propone otra vez prestar atención a la intención, con lo que de nuevo se hace imposible obviar su nexos con el acto de voluntad, con lo subjetivo.

Especial mención merece el hecho que en el siglo XX se produce un cambio fundamental en la línea adoptada con ocasión de la teoría de la causa en el Derecho francés. Los italianos, finalizando el siglo XIX, se enfocaron en la función, propósito o razón económico-jurídica del contrato.

Los italianos conciben así la noción de la causa del contrato como *función económico-social*, esto significa que el contrato encuentra su justificación causal en el ordenamiento jurídico que le ha reconocido como digno de tutela jurídica. Sin embargo, esa noción no fue acogida por el Derecho positivo, sino con la promulgación del Código Civil Italiano de 1942.

La causa entendida como *función económico-social* es de naturaleza objetiva, no se atiende a la voluntad de las partes sino a la conformidad del contrato con los intereses que la ley tutela y la utilidad social que el negocio debe representar. Además, ofrece información que si

fuera entendida como teoría clásica de la causa no sería posible obtener en relación a la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos, o al uso atípico de Derechos reales.

La *función económico-social* le atribuía a la causa un rol político, dirigido al control o mayor restricción de la circulación de la riqueza y de la actuación de la autonomía de los particulares. Se utilizó para controlar el tráfico jurídico, se podía declarar la nulidad de aquel negocio que no reportaba utilidad social. Esto, en el fondo, no proporcionaba estabilidad a los contratos. Especialmente a los atípicos.

El fracaso del sistema intervencionista en materia económica, confirmado recientemente en países como el nuestro, trajo por consecuencia que los italianos pasaron a la noción de la *función económico-privada* de la causa. Esto significa que el contrato está dirigido a la satisfacción de intereses individuales, no sociales. De esta forma el enfoque para la determinación de si merece o no tutela jurídicamente el negocio se dirige más a las razones prácticas, a las funciones concretas del contrato, o a los contrapuestos intereses que son satisfechos a través de este, independientemente de los motivos que impulsan a su celebración. Lo importante es su conformidad con el orden jurídico.

Finalmente, también expongo que más recientemente en Italia goza de cierta difusión otra noción que impone la idea de *función pluralista*, según la cual no existe un concepto de causa en forma absoluta. Esta variaría de contrato en contrato, en base a la concreta regulación de los intereses establecidos, de vez en vez. De nuevo se observa el carácter proteiforme ya denunciado.

Como se podrá observar, de cuanto he expuesto hasta aquí, resulta sorprendente la resistencia que ofrece la causa como elemento del contrato para ser definida. Ello quizás ocurre porque no se recurre en la elaboración de su concepto a las características distintivas de la categoría, en lugar de recurrir a circunstancias peculiares o sus medidas particulares. Con la causa se ha procedido al revés de un proceso lógico deductivo. En ella lo particular, la función específica, prevalece, lo que es contrario a la naturaleza de todo concepto unívoco.

El mismo capítulo VI contiene una exposición sobre como el tema ha sido tratado en Venezuela por los exegetas, la manualística y en obras especializadas. En todos ellos destaca la influencia del Derecho

francés, por lo que aquí no cabe agregar nada en particular. Quién más profundiza al respecto en nuestro país es sin duda el profesor José Mélich Orsini, quien fue distinguido individuo de número de esta Corporación. Le asigna una función que sería útil para la determinación de la complicada tarea de la identificación de los contratos enlazados, dentro del contexto que hasta ahora ha sido expuesto, el profesor James-Otis Rodner, destacado individuo de número de esta Academia.

Con respecto a la jurisprudencia venezolana, en el trabajo de incorporación se hace un análisis sobre distintas decisiones de instancia, de la antigua Corte Suprema de Justicia, y del actual Tribunal Supremo de Justicia donde el tema es tratado. De su análisis se arriba a la misma conclusión: nuestros tribunales también abordan la causa de la misma forma que el Derecho francés. Solo una decisión alude a la *función económico-social* del contrato, sin explicarla y en atención a otra materia, como lo es el abuso del derecho.

CAPÍTULO VI, ELIMINACIÓN DE LA CAUSA COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA DEL CONTRATO

En el trabajo de incorporación hago referencia a la tendencia en Europa a la eliminación de la causa como elemento de existencia del contrato.

En todos los instrumentos de integración de la Unión Europea no se menciona a la causa como elemento de existencia del contrato. Por el contrario, en el análisis de estos instrumentos la doctrina ha destacado que es innecesaria la noción de causa. Se afirma que esto se debe, por una parte, a la imposibilidad de uniformidad de criterios en lo que a la regulación de tal elemento respecta entre los Estados miembros, lo que traería por consecuencia grandes diferencias entre estos, haciendo difícil la uniformidad que en la materia es requerida para la estabilidad de las relaciones contractuales.

Por otro lado, en los instrumentos integradores las múltiples funciones que le han sido asignadas a la causa son perfectamente absorbidas, si se quiere suplidas, por las que ahora se obtendrían en el desarrollo de la concepción del contenido del contrato como objeto de este, es decir, analizando la operación jurídica que las partes han constituido y

contraponiendo lo que resulte de su concreción material, con el ordenamiento jurídico.

En el informe elevado a la Presidencia de la República de Francia, con ocasión de la reforma del Código civil francés mediante ordenanza del 10 de febrero de 2016, se expone que la causa como elemento de existencia del contrato es ignorada por la mayoría de los códigos europeos, ratificando cuanto ya he expuesto.

En este informe se realizan afirmaciones como *que la dificultad de dar al concepto de causa una definición precisa se ha constituido en un factor de inseguridad jurídica y un obstáculo para el atractivo de nuestra ley* [la francesa], por lo que es destacado que lo más adecuado es *reemplazarla por reglas con contornos mejor definidos, permitiendo al juez lograr los mismos efectos, evitando los litigios abundantes que despierta esta noción*. Como podrá observarse, todo cuanto antes expuse sobre la falta de definición de la causa es reconocido por el informe presentado al presidente de la República de Francia.

A pesar que considero claro el motivo por el cual la causa es eliminada como elemento de existencia del contrato en el Derecho civil francés, no puedo dejar de informar que varios de los autores franceses que he consultado, en relación a la reciente reforma de su Código civil, son de la opinión de que ella formalmente ha sido omitida, pero no materialmente, y por tanto subsiste.

En el trabajo destaco que no debe ser soslayada la claridad de la intención expresada por el legislador francés, al tratar en concreto sobre la necesidad de la eliminación de la causa por la inseguridad jurídica que representa ese carácter ambiguo o proteiforme.

Los causalistas se niegan a reconocer tal situación, recurren al argumento que las funciones que le fueron atribuidas permanecen incólumes, al implementarse lo que ahora se denomina la nueva noción del objeto del contrato, como contenido de este. Concepción esta última que por cierto nueva no es, porque fue creada por un autor italiano a principio del siglo XX, y ha sido desde esa fecha objeto de importantes estudios y desarrollos, al extremo que es la noción adoptada en los instrumentos integradores del Derecho europeo.

En el trabajo de incorporación puse de relieve como en Venezuela, cuando se discutía la reforma del Código civil de 1942, Luis Bastidas

abogó sin éxito por la supresión de la causa como elemento de existencia del contrato. Este autor afirmaba que difícilmente habría un caso de causa ilícita que a su vez no fuera objeto ilícito o viceversa, y que por tanto uno de las dos ilicitudes sobra.

El trabajo de incorporación sobre la causa como elemento de existencia del contrato es un llamado a analizar el tema en Venezuela en su justa dimensión, sin duda compleja. El objetivo es proporcionar un análisis de la materia tratada a la luz de las modernas tendencias; que nos enfoquemos más que en una discusión de índole antagónica, proclive a la inversión de más tiempo del necesario entre causalismo y anti-causalismo, en el desarrollo de lo que procure en cada caso concreto la solución adecuada, independientemente de la terminología.

Lo relevante es si la relación constituida por las partes está o no conforme con el ordenamiento jurídico, por encima de la terminología que se emplee en un mero ejercicio irrelevante en lo que a los efectos que produce la disconformidad respecta, porque sea mediante la causa o el objeto el contrato devendría igualmente en nulo.

AGRADECIMIENTOS

No es fácil en un acto como el que tiene lugar el día de hoy manifestar el sentimiento de benevolencia que debo dirigir a aquellos de quienes he recibido un beneficio, no en el sentido material, sino en el relevante, en el que procura el incremento y estabilidad anímico o síquico.

La generosidad de las personas a que haré referencia ha sido absoluta, no hubo reserva de parte de ellos en todo lo que me proporcionaron, tanto en lo emocional como en lo material, especialmente en sus recomendaciones en atención a fines relevantes.

Entre estas personas sin duda mi madre, Gladys Falcón de Gorrín, debe ser mencionada en primer lugar, me profesó el amor y los consejos que tanto han nutrido mi existencia y desenvolvimiento. Unido a mi madre mi papá, Guillermo Gorrín Hernández, personificación de la bondad, la generosidad y la integridad, su legado es invaluable, la llave maestra que permite el acceso a todos los lugares en que nos hemos presentado. Tus virtudes papá han sido la mejor referencia que hemos

tenido y la que tus nietos tendrán. A mis padres políticos, Amelia Vanegas de Castellano y Alfredo Castellano Di Leo, padres en el afecto que en mi andar se presentaron y me conquistaron, con quienes me une un nexo tan fuerte como el de la consanguinidad.

A mis hermanos Luis Felipe, Inés María y María Teresa, con quienes he compartido tantos momentos buenos y otros no tanto. A todos mis primos, entre quienes hemos tenido un trato fraternal, especialmente a María Inés Sananez, que siempre me ha manifestado gran afecto, haciéndome sentir relevante, y a Oscar José Gorrín Arocha, cuya temprana partida y constante recuerdo me produce ese sentimiento de tristeza y pena que es la nostalgia, que aún no he logrado superar.

A mis tíos, de entre a quienes debo hacer especial mención a Juan Sananez Carranza que junto con Monseñor Miguel Delgado y mi padre son mis tres ángeles de la guarda, me protegieron, me guardaron y guiaron a pesar de mi desenfrenada rebeldía. A ellos, en tan noble tarea, les acompañan mis tías Leticia y Mercedes Falcón con su maternal trato y su incondicional apoyo, y para no dejar sin protección ningún flanco mi tío Jorge Monroy, médico, cirujano general que además velo por mi salud en todo momento.

A mis profesores universitarios en general, con especial referencia a José Guillermo Andueza, Francisco Arruza (s.j.), Oscar Nuñez, Hermes Harting, María Josefina Canoso, Adán Febres Cordero, Jorge León Jiménez, Humberto Villasmil, Jesús Eduardo Cabrera, Luis Enrique Farías Mata y Enrique Urdaneta Fontiveros.

A la Universidad Católica Andrés Bello, que tanto ha dado a esta sociedad, que constantemente está trabajando por Venezuela y que me ha brindado la oportunidad de ser parte de tan importantes propósitos.

A Henrique Iribarren Monteverde, Augusto Pérez Rendiles y Federico Vegas Pacheco, las primeras personas en brindarme trabajo y de esa forma manifestar su absoluta confianza en mi persona, proporcionándome consejos y herramientas para transitar de forma segura a través del ejercicio de la profesión.

A Nicomedes Zuloaga Mosquera, Tobías Uribe, Luis Rojas Becerra, Diego Zuloaga Pocaterra y demás integrantes del Escritorio Zuloaga & Cía., a todos ellos por su apoyo y las oportunidades brindadas, en las que espero mi desempeño no les haya decepcionado.

A Luciano Lupini Bianchi, socio, hermano de la vida que me ha distinguido con su amistad desde el mismo momento en que nos conocimos en los años ochenta, y me apoyó para ingresar en la Asociación Venezolana de Derecho Privado, punto de partida que culmina con esta incorporación. A él le debo el hecho de incursionar en el aprendizaje de distintos idiomas que hoy manejo a nivel instrumental, permitiéndome realizar las investigaciones y publicaciones que anhelo sean de utilidad a nuestra sociedad.

A Guillermo Alfredo y Victoria Helena, mis queridos hijos, luz que ha iluminado mi existencia, inspiración de mi vida desde su aparición, motivo para nunca cesar actividades. A Vicky, mi adorada esposa, a la que poco puedo decirle que ya no le haya manifestado personalmente. Es ella quien ha logrado por más de treinta años las condiciones de estímulo a un entorno equilibrado alrededor de nuestros hijos y de mi persona, proporcionándonos ese balance afectivo sin el cual la vida me resultaría vacía, y con base en el que se puede lograr todo lo que se anhele.

Señoras, señores.

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN
DEL ACADÉMICO
DR. LUCIANO LUPINI BIANCHI,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

Profesor Guillermo Alfredo Gorrín Falcón
Individuo de Número electo
Doctor Gabriel Ruan Santos
Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Señores Individuos de Número de esta Corporación y Numerarios de
las otras Academias
Señora Vicky Castellanos de Gorrín, hijos y demás familiares del
incorporando,
Miembros de la honorable familia del doctor Enrique Tejera París
Señoras, Señores,

Nos encontramos reunidos en sesión solemne de esta Academia para acoger en su seno a un nuevo Individuo de Número, Guillermo Gorrín Falcón. Ello constituye siempre motivo de júbilo y por ello expreso a mis pares profundo agradecimiento por haberme discernido el honor de cumplir tan significativa tarea.

El recipiendario ocupará el sillón número 20, vacante por el sensible fallecimiento del distinguido jurista y preclaro venezolano, doctor Enrique Tejera París, cuyo panegírico acabamos de escuchar.

El sillón que ahora corresponde a Guillermo Gorrín Falcón, fue ocupado desde la fundación de esta Corporación en 1915, en orden de sucesión, por los ilustres juristas Arminio Borjas y Edgar Sanabria.

Hoy, cúmpleme darle la bienvenida al recipiendario, en circunstancias muy particulares para el país y, en especial, para esta Academia. Siguiendo los fundamentos legales, reglamentarios y morales de su misión, esta Corporación ha puesto de relieve, en forma firme y objetiva, las continuas violaciones de nuestra Constitución, en numerosos pronunciamientos que han contribuido a esclarecer, tanto en el país como en la comunidad internacional, el sentido y alcance de la pugna

actualmente existente entre dictadura y democracia en Venezuela. En esta misión, han participado activamente las otras Academias nacionales, frente a la indiferencia y hostilidad de quienes nos gobiernan.

Emplazamos entonces al recipiendario al cumplimiento de las elevadas tareas que ahora le corresponden, al mismo tiempo que formulamos votos para que, al tomar el testigo del doctor Tejera París, siga profundizando su compromiso en pos del desarrollo del Derecho y del restablecimiento del hilo constitucional en Venezuela.

DATOS BIOGRÁFICOS Y FAMILIARES DEL RECIPIENDARIO

Guillermo Alfredo Gorrín Falcón, nació el 23 de enero de 1962. Es hijo del doctor Guillermo Antonio Gorrín Hernández y de doña Gladys Margarita Falcón Martínez.

La vocación por el Derecho de Guillermo Gorrín encuentra su primera simiente en el seno familiar. Su padre, también abogado, fue miembro de la promoción Carlos Morales, la cual egresó de la Universidad Central de Venezuela en 1951. El doctor Carlos Morales fue un distinguido cultor del Derecho mercantil a quien, por sus méritos, correspondió formar parte de esta Corporación. A la promoción mencionada pertenecieron otros notables juristas, amigos del doctor Gorrín Hernández, entre los cuales cabe señalar a los Académicos doctores Francisco López Herrera y Emilio Pittier Sucre. Mención aparte merece el Maestro Alfredo Morles Hernandez, quien es hoy el Decano de los académicos, al producirse recientemente el fallecimiento del siempre recordado amigo, doctor René De Sola. Al igual que fue el caso del doctor Tejera París, las conocidas ejecutorias de estos dos últimos juristas y su activa participación en la vida de la Academia, han claramente desmentido el pensamiento de Anatole France. Al respecto, me permito citar una reminiscencia de un eminente filósofo italiano, Norberto Bobbio:

En las civilizaciones tradicionales el viejo siempre ha representado el custodio de la tradición, el depositario del saber de la comunidad. Anatole France decía que los viejos aman demasiado sus ideas y por

ello obstaculizan el progreso. Para garantizar el progreso los pueblos primitivos se los comían. Ahora los ponemos en las Academias, que es un modo de embalsamarlos... (N.Bobbio, *De senectude y otros escritos autobiográficos*, Turín, Einaudi, 1996, p. 139).

Volviendo al padre del recipiendario, cabe decir que él mostró desde temprano su vocación por el Derecho del trabajo. Su tesis de grado versó acerca de “*Los infortunios del trabajo, especialmente en lo que respecta a las enfermedades profesionales*”. Su tutor fue el más eminente cultor del derecho del trabajo venezolano, y también académico, el Presidente Rafael Caldera.

El interés del doctor Gorrín Hernández por el Derecho del trabajo iba acorde con su personalidad y su carácter. Al decir de quienes lo conocieron, se trató de un hombre austero, generoso y honesto, firme sostenedor de la justicia. Aceptó por ello en la década de los sesenta del siglo pasado el cargo de juez del Juzgado Tercero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal, para el cual fue llamado por otro insigne jurista venezolano, el doctor Andrés Aguilar Mawdsley, quien también formó parte de esta Academia. En ese momento, el doctor Gorrín Hernández consideró un deber atender al llamado que se le hizo en pro de la naciente democracia, con la firme creencia del rol predominante del Poder Judicial en la estabilidad y serio desarrollo de tal sistema.

El recipiendario siempre ha recordado con especial orgullo que su padre era sobrino nieto de José Manuel Hernández, conocido como el Mocho Hernández, de quien él es, a su vez, sobrino bisnieto. Como es sabido, este histórico personaje se destacó por su pensamiento liberal, llegando a formar parte del Partido Liberal Nacionalista, al igual que Alejandro Urbaneja y Nicomedes Zuloaga Tovar. De él cabría, acaso, decir que fue un idealista, un Quijote post-romántico que se estrellaba incansablemente contra los molinos de viento edificadas por Cipriano Castro y Juan Vicente Gómez. Terminó, por ello, muriendo en el exilio, en Nueva York, el 25 de agosto de 1921.

La madre del recipiendario, doña Gladys Falcón Martínez Aristiguieta, también proviene de una familia de tradición en la historia de Venezuela. Por el lado paterno, pertenece a la familia Falcón Rojas,

de la cual formó parte su primo hermano Marcos Falcón Briceño, conocido diplomático y político venezolano, quién entre otros cargos, ocupó el de Canciller de la República de Venezuela entre 1960 y 1964, periodo muy difícil para la naciente democracia de la hoy innecesariamente vituperada “cuarta república”.

Es una curiosa coincidencia que un familiar de Guillermo Gorrín Falcón ocupara el mismo cargo desempeñado luego por el doctor Tejera París, a quien hoy sucede el recipiendario. Oportuno es recordar, a la luz de los recientes acontecimientos en la materia, que fue el doctor Marcos Falcón Briceño quien formuló, en 1962, ante la Comisión de Política Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) la denuncia del laudo arbitral de París de 1899, laudo que condujo a despojarnos de nuestra Guayana Esequiba.

La actuación de Falcón Briceño condujo a la celebración del Acuerdo de Ginebra de 17 de febrero de 1966. Les recuerdo que Guayana y Venezuela decidieron aceptar el método de los Buenos Oficios para solucionar sus diferencias en el año de 1987, al cual se le dio aplicación efectiva, en 1989, cuando Tejera París se desempeñaba como Canciller. Hoy en día este tema está de nuevo en el tapete, por las conocidas actuaciones unilaterales de nuestro vecino país y el desacertado tratamiento que parece haberle dispensado nuestro gobierno a tan delicada cuestión. Sobre ella y las rectas vías a seguir, nuestra Corporación se ha pronunciado en numerosas oportunidades.

Por el lado materno, Gorrín también está relacionado con otras personas de notable importancia en la historia de Venezuela, entre las cuales menciono a Antonio José de Sucre, Gran Mariscal de Ayacucho. Esto se debe a que la bisabuela materna de Guillermo, María del Rosario Aristeguieta Sucre estaba emparentada, a su vez, con este notable prócer venezolano.

A pesar de ello, en el recipiendario pareciera siempre prevalecer, en el orden de sus prioridades, la importancia de lo que cada uno es, vale decir, lo forjado por la persona misma, por lo que rara vez alude a sus antepasados. Ello me recuerda al Quijote quien, para darle ánimo a Sancho, en la aventura de los rebaños (capítulo XVIII, primera parte del Quijote de Cervantes) le dice a su escudero: “Sábetе Sancho que no es un hombre más que otro, si no hace más que otro”.

Para concluir este retrato familiar, cabe resaltar que Gorrín contrajo nupcias con Vicky Castellano Vanegas, colega nuestra, con quien ha formado un hogar hermoso. Este matrimonio ha procreado dos hijos, Guillermo y Victoria, quienes hoy, producto de la enfermedad que nos aqueja por la situación de desesperanza y escasas oportunidades de desarrollo que enfrentan los jóvenes en nuestro país, se encuentran estudiando en el exterior.

DE LOS RASGOS DE SU FORMACIÓN Y DESARROLLO ACADÉMICO

El recipiendario fue educado en su infancia y adolescencia por los salesianos. Por su peculiar carácter rebelde de entonces, que tanto trabajo dio a sus padres, no terminó sus estudios en el Colegio Don Bosco. Fue trasladado al Colegio San Francisco de Sales, ubicado en Sarria, donde se graduó de bachiller. Gorrín siempre recuerda esa etapa como una de las más formativas de su educación básica, porque ya para aquella época se vio obligado a confrontar y digerir la existencia de marcadas diferencias en la realidad social venezolana, dado que la mayoría de sus compañeros de estudios provenían de una zona donde habitaba gente de escasos recursos económicos. De ahí, el hábito de su padre de contribuir con una cuota mensual doble a la que correspondía a su matrícula, con el propósito de ayudar a otro estudiante de familia más humilde.

En el ámbito de lo personal, creo que como el recipiendario ha estado siempre rodeado de personas de convicción y de firmes principios, la pugna por el establecimiento de su propia personalidad, típica de la adolescencia, marcó cicatrices en su carácter, el cual a veces ha sido calificado, con o sin razón, cómo complicado o conflictivo. En verdad, no es una cualidad de Guillermo la de eludir debates críticos o asumir actitudes diplomáticas, rayanas en la hipocresía.

Un vuelco en su experiencia educativa, y en la definitiva reafirmación de su vocación profesional, se produce al ingresar el recipiendario en la Universidad Católica Andrés Bello. Como estudiante de Derecho, sobresalió en las materias de su predilección, vale decir, Derecho civil y Derecho procesal civil. Considero que es precisamente la prolongada

y eficaz dedicación a la docencia e investigación de estas disciplinas, el factor que más contribuyó para su elección a la Academia.

Al decir de él, la formación que recibió de los Salesianos fue continuada exitosamente por la Compañía de Jesús. En efecto, después de obtener en 1985 el título de abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, pasó a formar parte del personal docente permanente de la misma. En 1991 comenzó a impartir clases en la cátedra de Derecho civil IV (contratos y garantías), como sucesor del profesor Jorge León Jiménez, uno de sus tutores, por quien profesa afecto y reconocimiento.

En cuanto a su reconocida vocación por la docencia, cabe destacar que Gorrín es todavía profesor de esta asignatura, jefe de cátedra de la misma, y fue miembro del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Recientemente cursó los diplomados dictados por esta Universidad con ocasión del Proyecto Formativo Institucional y participó en la reciente reforma en el cambio de pensum, para adecuar el estudio del Derecho a la nueva modalidad de la semestralización. Él hace constantemente referencia, sin ninguna reserva, al hecho de que su proceso de aprendizaje nunca terminará. Ello reafirma el compromiso del recipiendario con el primer mandamiento del decálogo de los deberes del abogado del célebre procesalista Eduardo Couture: “Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado”.

ACTIVIDAD PROFESIONAL Y GREMIAL

Aun siendo estudiante, Gorrín comenzó su experiencia laboral en el mundo del Derecho cuando, desde 1981 a 1982, fue escribiente en el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil –Bienes– de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. Luego, desde 1982 hasta 1985 fue pasante del escritorio Guruceaga, Andueza, Zambrano, Cosson & Asociados. De esa experiencia el recipiendario recuerda con afecto y gratitud la relación que estableció con el doctor José Guillermo Andueza, también miembro de esta Corporación.

Al graduarse, se desempeñó como abogado, desde 1985 a 1987, en la Dirección de Asesoría y de lo Contencioso Administrativo en la

Procuraduría General de la República. Allí entabló estrecha relación de amistad con su director, hoy también académico, Henrique Iribarren Monteverde, quien antes de asumir ese cargo fue destacado pasante y abogado en mi escritorio, al dar sus primeros pasos en la carrera.

Posteriormente, desde 1987 hasta el año 2000, Gorrín pasó a ser socio del escritorio Zuloaga y Compañía. Fue allí donde le conocí, en 1990, al frecuentar ese bufete, porque me tocó formar parte del equipo de la defensa del doctor Nicomedes Zuloaga Mosquera quien se encontraba injustamente detenido, por el caso de Gramoven. De aquella época recuerdo dos cosas. En primer lugar, el único almuerzo que consumí con un preso, el doctor Zuloaga, en el Retén del Junquito, cuyo menú fue un sancocho de pescado. En segundo término, mi primera conversación con Gorrín acerca de una abstrusa norma del Código Civil en materia de compraventa, la cual me reveló su inteligencia inquisitiva. Desde el año 2000 al 2002, Gorrín formó parte, como socio, del escritorio Mata Borjas, Priwin, Ferreras, Gorrín & Asociados.

Finalmente, desde el año 2005, es socio del escritorio Mathison, Lupini & Asociados. Es por nuestra frecuentación durante estos últimos trece años, por la que puedo dar testimonio de su vocación por el ejercicio profesional. En particular, debo recordar que su dedicación a la disciplina del arbitraje y la confianza de los colegas en su competencia e imparcialidad, le han valido ser árbitro en muchísimas ocasiones. Hoy en día es integrante de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) y ha sido árbitro en la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Es presidente del Comité de Arbitraje de la Cámara Venezolano-Americana de Venezuela (VENANCHAM) e Individuo de Número de la Asociación Venezolana de Derecho Privado y de la Asociación Franco Venezolana de Juristas (JURISFRAVEN). Ha participado como ponente en numerosos seminarios y congresos, los cuales no voy a enumerar, para no abusar de vuestra paciencia.

En cuanto a su compromiso intelectual con el desarrollo del Derecho privado, el haber compartido oficina durante tantos años, me ha permitido apreciar su aplicación y método para el estudio, por un hábito particularmente revelador. En los anaqueles de su biblioteca, los libros

no permanecen adormecidos, acumulando el polvo de la inercia, esperando pacientemente un “lance” o las dificultades de un caso, para ser invocados o tomados en cuenta.

Al hojear una cualquiera de las más conocidas monografías venezolanas y extranjeras de su biblioteca, acerca de los contratos y de las obligaciones, el interés del lector no sólo se dirige a la materia en ella tratada. Llama enseguida la atención la copiosa cantidad de comentarios y referencias manuscritas hechas por Gorrín, al margen del texto impreso, la cual revela un estudio cuidadoso y, acaso, una efectiva comprensión de la materia tratada.

En lo personal, he conocido muchos otros fanáticos de los libros en general. Estoy convencido de que nos dividimos en dos bandos. Al primero pertenecen aquellos que se ufanan principalmente por el número y calidad de las obras adquiridas y se esmeran mucho en cuidarlas, más que en leerlas. Para éstos, desde luego, constituye un sacrilegio marcar, subrayar, comentar sus textos sagrados, tomando en cuenta la posible desvalorización económica que ello produce, para el caso de una hipotética reventa. Al segundo bando, al cual seguramente pertenecemos el recipiendario y quien les habla, es de rigor efectivamente “poseer”, utilizar y personalizar el libro. Es por ello que el siempre recordado Umberto Eco hacía las siguientes admoniciones en una pequeña, pero muy importante (y por ello grande) monografía:

Un libro o una serie de libros *vuestros* se pueden subrayar, incluso con varios colores. Y veamos para que sirve esto. LOS SUBRAYADOS PERSONALIZAN EL LIBRO. Señalan los rastros de vuestro interés. Les permiten volver a un libro mucho tiempo después y encontrar en seguida lo que les interesó. Pero hay que subrayar con criterio. Hay algunos que subrayan todo. Eso es como no subrayar nada (...) Si el libro es vuestro y no tiene valor de antigüedad, no duden en hacerle anotaciones. No crean a los que dicen que hay que respetar los libros. Los libros se respetan usándolos, no dejándolos en paz. Total, si lo revenden a un comprador de libros usados, les darán solamente unas monedas, por lo menos dejen en él los signos de vuestra posesión (Cfr. ECO, Umberto, *Come si fa una tesi di laurea*, Milán, Bompiani, 1977, pp. 137-138).

LAS PUBLICACIONES JURÍDICAS DEL RECIPIENDARIO

La formación académica que acabo de comentar, ha permitido al profesor Gorrín contribuir al desarrollo de nuestro Derecho privado, con la publicación de diversas monografías. Me limitaré a mencionar:

- 1) *El Tercero Poseedor* (en el Libro Homenaje al Doctor José Luis Aguilar Gorrondona);
- 2) *La Cesión del Crédito Garantizado con Hipoteca*, (en el Libro Homenaje al Doctor Andrés Aguilar Mawdsley).
- 3) *La Responsabilidad Civil Patrimonial y el Artículo 660 del Código de Procedimiento Civil* (en el Libro Homenaje al Doctor Gustavo Planchart Manrique);
- 4) *Desnaturalización de la Cláusula Resolutoria Expresa* (en *Derecho de las Obligaciones en el Nuevo Milenio*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales).
- 5) *Contribución al Estudio en Venezuela de la Legitimidad de la Cláusula de No Concurrencia* (en el Libro Homenaje a Alfredo Morles Hernández).
- 6) *Ensayo Sobre la Calificación del Contrato Atípico en Venezuela (Determinación del Régimen jurídico Aplicable)* (en el libro de las V Jornadas Aníbal Dominici, publicado en Homenaje al Doctor José Muci-Abraham).
- 7) *La Causa del Contrato en la Doctrina de Venezuela. Ausencia de un Adecuado Análisis a la Luz de la Moderna Doctrina General de los Contratos*, (en I Jornadas Franco-Venezolanas de Derecho Civil. Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés). Esta monografía constituye su primera incursión en el complicado mundo de la causa, en el cual ahora vuelve, con mayor profundidad y extensión, en su trabajo de incorporación.
- 8) *Contribución a la Determinación en Venezuela de la Gravedad del Incumplimiento como Presupuesto de la Resolución del Contrato* (en el Libro Homenaje al Centenario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales).

ACERCA DEL TEMA DEL TRABAJO DE INCORPORACIÓN

En lo que concierne al trabajo de incorporación del profesor Gorrín, esta obra versa, como se ha dicho, sobre uno de los temas más complejos y controvertidos del derecho de las obligaciones. Se trata de la causa como elemento necesario para la existencia del contrato.

Para que tengan una idea concreta, en cuanto a lo espinoso del tema de su investigación, decía mi siempre recordado profesor y eminente jurista, Oscar Palacios Herrera, lo siguiente:

Pocas nociones dentro de la Teoría General de las Obligaciones han sido tan debatidas como la causa, y tal vez en pocas nociones existe aún la confusión que se encuentra en ella, confusión proveniente en gran parte de que casi todos los autores tratan de dar su propio concepto y sus propias soluciones, y también por los distintos contenidos que se han dado al término mismo. La bibliografía en torno a este elemento es abundantísima, pero ni siquiera encontramos cierta uniformidad, cierta unanimidad en lo que respecta a la propia definición del concepto (*Apuntes de Obligaciones*, Caracas, Ed. Jus, 1978, T.II, p. 10).

Históricamente, esta institución proteiforme y de inasible comprensión unívoca, fue consagrada como elemento de validez del contrato en el artículo 1108 del Código Civil francés de 1804, conocido como Código Napoleón. Allí se decía que, para la validez de una convención, además del consentimiento, de la capacidad de contratar y de un objeto cierto que forme parte del compromiso, se requiere de una “causa lícita de la obligación”.

Al consagrarla, el legislador francés creyó entonces, según la explicación clásica, que la misma servía para darle contestación a la pregunta: *Cur contraxit?* Vale decir, la razón inmediata por la cual se contrata por contraposición a otro de los elementos de validez del contrato, el objeto de la obligación, que contestaría a la pregunta: *Quid debetur?* El objeto se refiere a qué es lo que se debe o forma parte del contenido de la prestación. La mencionada norma francesa fue vertida en el artículo 1104 del Código Civil italiano de 1865, fuente directa del artículo 1047 de nuestro Código Civil de 1873, el cual, dentro de los requisitos esenciales para la validez de los contratos, enumeraba una “causa lícita

para obligarse”. Todavía en estos códigos, se concebía a la *causa de la obligación*, como un elemento de validez del contrato.

Es a raíz de los múltiples esfuerzos de interpretación de esta noción por parte de la doctrina y de la jurisprudencia (en Francia y en Italia) a lo largo del siglo XIX y a comienzos del siglo XX, cuando aparece la noción de la causa, no ya de la obligación, sino del contrato, como elemento de control de la licitud y equilibrio del mismo. Ello contribuyó a aviejar la noción clásica de la causa, limitada a la obligación. Por ello, a diferencia de los códigos citados, en el Código Civil italiano de 1942 aparece consagrada la noción de la causa del contrato. En nuestro Código de 1942, también fue acogida como un elemento necesario de existencia (ya no de validez) del contrato, junto con el consentimiento y el objeto.

Para no agobiarlos con tecnicismos, baste decir que son precisamente las vicisitudes históricas de esta institución, su evolución, aplicación práctica y reciente fallecimiento en algunas legislaciones, las que forman el objeto de la investigación del profesor Gorrín. Su trabajo de incorporación responde a una línea de investigación que comienza con su primera monografía sobre el tema, antes citada. La obra tiene una extensión de unas 240 páginas, distribuidas en una introducción, seis capítulos y la bibliografía final.

Se trata de un serio esfuerzo de investigación, el cual se enmarca en lo que el ya citado Umberto Eco denominaba una “tesis panorámica”. En efecto, no existe en el derecho venezolano una obra monográfica dedicada a la causa del contrato, con las características de la que ahora nos presenta Gorrín. Ella nos proporciona una amplia descripción de la evolución del concepto de la causa de la obligación y del contrato. Por ello, la bibliografía consultada es importante, de lo cual dejan constancia más de 740 citas al pie de página.

ANÁLISIS CRÍTICO DEL DESARROLLO DE LA OBRA

Tal como se lo anuncia en introducción, el capítulo I lo dedica el autor al análisis terminológico de las diversas caras que la causa ha presentado, en su historia. Allí procura definir conceptos tales como la

causa *civilis*, la causa suficiente, la causa eficiente, la causa subjetiva, la causa data, la causa impulsiva. La mera lectura de este capítulo contribuye a revelar las dificultades y vicisitudes de quienes han pretendido penetrar y develar el acertijo de la causa, procurando llegar, infructuosamente, a un concepto unívoco de la misma. Los que han introducido nuevos matices o posibles interpretaciones múltiples de la misma, no hacen sino reforzar la idea de que se trata de un hada o Fata Morgana. Vale decir, de una ilusión o espejismo, metáfora a la que apelaba el ilustre jurista italiano Francesco Carnelutti al referirse a los imprecisables contornos del genérico deber de *neminem laedere*, principio básico de la responsabilidad que deriva del hecho ilícito.

En el capítulo II, se trata lo relativo al desarrollo del concepto de la causa, desde el Derecho romano, hasta la introducción de esta institución en el Código Napoleón de 1804. Estas reflexiones históricas son importantes para comprender los malentendidos y contradicciones que luego condujeron a la consagración de un peculiar concepto de la causa de la obligación, en el Código Napoleón, que no se corresponde necesariamente con su tratamiento en el Derecho intermedio.

En el capítulo III se desarrolla la evolución del concepto de la causa en los Códigos del siglo XIX. Allí afirma el recipiendario lo siguiente:

Llama la atención que los franceses, y de la lectura de las normas correspondientes así se evidencia, consagran la *causa de la obligación* y no la *causa del contrato*, con lo cual estamos ya en un terreno equívoco porque los elementos en cuestión están referidos a la relación jurídica de la cual derivan las obligaciones, no a éstas que no son otra cosa que un efecto o consecuencia de aquel.

A su vez, en sus conclusiones acerca de la reacción de los anticausalistas, como Laurent, Planiol y Dabin, quienes sostuvieron que el concepto de la causa como elemento de existencia del contrato es inútil, fuente de confusiones y errores, el recipiendario afirma que:

Los anticausalistas encuentran ilógico que la causa de la obligación es lo que hace válido o existente a su fuente, al contrato, cuando la obligación deriva de éste... Los anticausalistas afirman que la causa

es confundida con el objeto del contrato, porque se hace referencia a la prestación que ha sido prometida o hecha. Concluyen, bajo el Código Civil francés de 1804, que además del consentimiento, el objeto y la capacidad ningún otro elemento de existencia es necesario.... También desestiman los anticausalistas la noción de causa ilícita sobre la base de que la vía del objeto ilícito, basta para declarar la nulidad de la obligación, esto porque la moralidad o ilegalidad del acto se aprecia según el acto mismo, no por reflejo o contragolpe de la moralidad e inmoralidad del acto del otro.

En el capítulo IV, trata el autor del neo-causalismo, a través del análisis detallado de la doctrina de su más conocido exponente, el francés Henry Capitant. Este autor, procurando salvar el concepto de la causa de la obligación, frente a sus críticos, llega al extremo de sostener que la causa es, tal como lo afirma el beneficiario: “el fundamento de la *exceptio non adimpleti contractus*, de la teoría de los riesgos y de la acción de resolución por incumplimiento en los contratos sinalagmáticos”.

Es precisamente esta insostenible construcción, la de creer que un elemento necesario para la existencia del contrato, requerido para su formación, pueda todavía incidir en la fase de su ejecución, la que ha llevado a la revisión crítica posterior del neo-causalismo.

El capítulo V trata del desarrollo de la causa en el Siglo XX. Se analiza allí el esfuerzo de la doctrina francesa por superar las críticas de los anti-causalistas, que condujo al proceso de “objetivización” de la causa y a la creación de otras concepciones, como la dual, de la misma. Luego se pasa al análisis del concepto de la causa del contrato en el Derecho italiano. Señaladas las razones que llevaron a los italianos a superar las concepciones tradicionales de los franceses, para poderle dar un sentido a un requisito que aún aparece en el Código Civil italiano de 1942, se analizan las teorías que ven en la causa la función económico-social del contrato y, luego, la función económico-individual del mismo.

También se hace un análisis de la doctrina alemana y del Código Civil alemán (o B.G.B.) Este desarrollo me pareció muy extenso, dentro de la economía de la obra, habida cuenta que el B.G.B. nunca acogió la causa como elemento de existencia del contrato. Tampoco creo que puedan establecerse paralelismos realmente útiles entre ese sistema y

uno que originalmente pretendió acoger la causa de la obligación como elemento de validez del contrato.

Una parte fundamental de la obra de Gorrín, contenida en este capítulo, es la que se refiere al tratamiento de la causa en el Derecho venezolano. Allí el recipiendario hace un análisis de la doctrina y de la jurisprudencia venezolanas sobre esta materia. Parte Gorrín del análisis de la causa en el pensamiento de la escuela de la exégesis venezolana, integrada fundamentalmente por Luis Sanojo y Aníbal Dominici. Analiza luego las concepciones de los autores venezolanos, contenidas en diversos manuales de obligaciones, tales como los de Oscar Palacios Herrera, Eloy Maduro, Rafael Bernad Mainar y Oscar Ochoa.

En cuanto a la causa en monografías u obras especializadas, resulta de interés el análisis que hace el autor de cuanto ha escrito el destacado Académico James Otis Rodner sobre el tema, en su conocida obra sobre los contratos enlazados. Finaliza con el análisis de la causa del contrato hecha por el ilustre civilista venezolano, José Rafael Mélich Orsini, contenido en su magistral obra intitulada *Doctrina General del Contrato* y que, al decir del recipiendario, es el más completo en la materia.

Pero para quienes quieran encontrar luces (o quizás ulteriores motivos de confusión) sobre este tema, resulta de obligada lectura la reseña exhaustiva que hace el autor de la jurisprudencia venezolana que se ha ocupado del mismo.

Finalmente, el capítulo VI de la obra trata de la eliminación de la causa como elemento de existencia del contrato. Allí se describe el fenómeno de la expansión del concepto del objeto del contrato, manejado inicialmente por la doctrina italiana para llegar a la noción más amplia de contenido del mismo, lo cual ha permitido llegar a soluciones más modernas en cuanto a los requisitos de existencia del contrato. Entre ellas, está la eliminación de la causa como tal.

Como primer anti-causalista venezolano, menciona el recipiendario al doctor Luis Ignacio Bastidas. Este jurista abogó infructuosamente por la eliminación de la causa, durante el proceso de reforma que condujo a establecerla en nuestro Código Civil de 1942, tal como se ha dicho, como un elemento necesario para la existencia del contrato. Protestaba Bastidas al decir que: “Probablemente no hay un solo caso en que sea lícito el objeto e ilícita la causa del contrato o a la inversa;

y si esto es así sobra una de las dos ilicitudes”. También consideraba superflua la causa, porque se confundía o con el consentimiento o con el objeto.

Por otra parte, hace referencia al hecho de que Mélich Orsini, en la antes mencionada obra, ya aludía a la moderna concepción del objeto o contenido del contrato.

Al hablar de los anti-causalistas venezolanos, se incurre en una curiosa omisión, en lo que respecta a quien les habla. En un libro publicado hace cuatro años sobre la responsabilidad precontractual, el cual contiene mi trabajo de incorporación a esta Academia, puse de relieve la escasa utilidad instrumental de la causa del contrato en el Derecho moderno, supuesto que ella ya cumplió su función destacada en el siglo XIX y gran parte del siglo XX, al servir de comodín para justificar soluciones a diversos problemas. Sobre todo, en materia de ilicitud o nulidad del contrato, por ser éste contrario a las buenas costumbres.

Allí también recordaba que en mis clases, como profesor de obligaciones, siempre promoví la discusión acerca de la inutilidad del empleo de esta noción, frente a una concepción amplia del contenido del contrato. Por ello, concluía señalando que la tendencia moderna es precisamente la de operar con los requisitos del consentimiento y del contenido, exigiendo que el mismo sea posible y lícito, prescindiendo de la causa.

Corroborando lo anterior, termina su trabajo el recipiendario, con el análisis de la eliminación del requisito de la causa del contrato en diversos proyectos modernos europeos de unificación de los contratos y obligaciones y en la reciente reforma del Código Civil francés de 2016. Concluye con la siguiente afirmación:

La tendencia sobre la eliminación de la causa mediante el recurso al objeto del contrato como contenido de este, se ha concretado en el país que con mayor fuerza ha defendido la teoría de la causa como elemento de existencia del contrato. Los efectos de tan significativa modificación están por verse y darán lugar a significativos análisis, comentarios y observaciones.

La resistencia de algunos juristas franceses a aceptar el hecho cumplido de la eliminación de este elemento y la necesidad de explicar los

remedios alternativos modernos que se concibieron en la reciente reforma francesa, para afrontar los diversos problemas que solía la mutante jurisprudencia resolver con el recurso al confuso concepto de la causa, confirman que queda mucho por hacer y decir en este campo. A esta faena le corresponde participar, profesor Gorrín, en el proceso de revisión de su obra, con miras a su publicación.

CONCLUSIÓN

Para finalizar, quiero recordarles a nuestros invitados que acabamos de cumplir nuestro primer centenario, en circunstancias harto difíciles y azarosas para nuestra Academia. Frente a los ataques de la que ha sido objeto, me permito recordar la persistencia en el tiempo de las ideas de las que se abreva el espíritu humano y que contribuyen a su elevación.

Se nos llama *academia*, aun cuando la existencia de una Corporación como la nuestra, ciertamente no estaba en la mente de Platón, quien hace bastante más de dos mil años, fundó su escuela al noroeste de Atenas, en un campo plantado de olivos y plátanos a más de un kilómetro del centro, adquirido por tres mil dracmas. Fue en ese campo, que se conocía como “Hekademeia” en honor al mítico héroe griego Academo, alrededor del año 387 a.d.C. que los discípulos de Platón (incluyendo a Aristóteles) escucharon su doctrina, a la cual denominaron *académica*.

Pocos ahora recuerdan que los frondosos árboles del jardín de la Academia de Platón, fueron completamente talados en el año 86 A.D. por Lucio Cornelio Sila para reparar sus máquinas bélicas, durante el asedio de Atenas, en la guerra librada contra los atenienses (entonces aliados de Mitridates) tal como nos lo narran los historiadores Plutarco y Apiano. Tampoco, que la Academia de Atenas fue clausurada en el año de 529 A.D. por el Emperador Justiniano, para detener las enseñanzas griegas y paganas, al quedar establecido el cristianismo como religión de Estado.

Frente a quienes pretenden desvalorizar nuestra misión, debemos también recordar que en los siglos siguientes a la desaparición de la

Academia de Atenas, el espíritu de superación del ser humano y el esfuerzo sostenido de los intelectuales por lograr el progreso y la libre difusión del conocimiento humano, condujo a la fundación de lo que pudiéramos considerar como las academias “modernas” o especializadas, las cuales no obedecen ya al concepto clásico de *academias* en el sentido de “escuelas de filosofía”.

Es así como al cabo de unos siglos, aparecen la “Accademia della Crusca”, fundada en Florencia en 1582; la “Accademia dei Lincei” fundada en Roma en 1603; la “Accademia Francese de la Lengua” fundada por Richelieu en 1635; la “Accademia del Cimento” fundada en Florencia en 1657 para fomentar el desarrollo de las ciencias naturales; la “Royal Society” de Londres fundada en 1662; la “Accademia de Ciencias de Francia” fundada en 1666 por Colbert; la “Real Academia Española” fundada en 1713 por Felipe V; y muchas otras de larga vida y trayectoria.

Todo ello, nos revela el significado y persistencia en el tiempo de la idea que subyace a la Academia, como necesario complemento de desarrollo del conocimiento, frente a las ideas políticas y sociales contingentes del momento. Es por ello que concluyo con optimismo, al darle la bienvenida a este mundo que hoy, al prestar el juramento de Ley, será también el suyo.

**SESIÓN SOLEMNE
DEL ACTO DE INCORPORACIÓN
DEL PROFESOR JUAN CRISTÓBAL
CARMONA BORJAS
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 30.
06 DE NOVIEMBRE DE 2018.**

**DISCURSO DE INCORPORACIÓN DEL
PROF. JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS
A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES.**

Señor Doctor Gabriel Ruan Santos, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y demás colegas integrantes de su Junta Directiva.

Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
Doctor Eugenio Hernández Bretón, Presidente de la Fundación Palacio de las Academias

Doctora Inés Quintero y Doctor Edgardo Mondolfi, Directora y Vice-Director de la Academia Nacional de la Historia de Venezuela.

Numerarios de otras Corporaciones Académicas Nacionales.

Distinguidos familiares del Académico Alberto Baumeister Toledo

Doctores Cecilia Sosa Gómez y Ramón Escovar León, honrado de haber sido conducidos por ustedes al púlpito de Santo Tomás con lo que continúan la labor iniciada el hoy lejano tercer año de la carrera de Derecho en que fueron mis profesores en la Universidad Católica Andrés Bello.

Familiares y amigos.

Señoras y Señores.

Existen momentos en la vida constitutivos de verdaderos hitos, los cuales marcan un antes y un después, y nos instan a reflexionar sobre su ocurrencia. Cuando esos acontecimientos son positivos, es pertinente atajar las emociones antes de celebrarlos, para reconocer que han sido producto de la confluencia de una serie de factores humanos, materiales y divinos, propios y ajenos. Intentar descifrar tal conjunción es tarea obligatoria para identificar y agradecer a quienes brindaron acompañamiento a lo largo del trayecto recorrido, siendo esa la mejor manera de compartirlos y festejarlos, pero, sobre todo, de asumirlos en la verdadera dimensión del compromiso que suponen.

Han transcurrido cinco meses de haberseme notificado que por decisión de los numerarios de esta Academia había sido electo para acompañarlos en la elevada misión de contribuir al progreso, defensa y consolidación de las ciencias jurídicas y sociales; al fortalecimiento de la solidaridad intergremial, a la asesoría del Poder Público y a la orientación de centros universitarios, nacionales e internacionales, vale decir, a apoyar la cada vez más apremiante misión de reconstruir al país, hoy amenazado como nunca antes y de contribuir a hacer de este mundo un espacio en constante progreso.

Agradezco la confianza en mí depositada por los Individuos de Número de esta Corporación, a quienes en lo adelante acompañaré con absoluta entrega y dedicación para darle continuidad a la trascendental misión que tiene encomendada.

Desde el comienzo de mi ejercicio profesional sentí especial identificación, admiración y respeto por este recinto, por la historia registrada en su seno, por los individuos que en su claustro hacían vida, pero sobre todo por la excelencia y generosidad con la que se creaba y compartía el saber. Tal identificación se tradujo en acercamiento, luego en compañía y ahora en incorporación. Ese proceso genera no sólo orgullo y compromiso, sino también, íntima satisfacción al sentir el sincero afecto expresado por sus numerarios frente a este paso trascendental en mi vida personal y profesional, lo que agradezco sinceramente con la mayor humildad. Es mucho lo que cada uno de ustedes, honorables Académicos ha representado en mi vida, sea por haber sido mis profesores, amigos o conocidos, o porque sus trayectorias son motivaciones suficientes para que, aun sin mayor intimidad, hayan marcado una huella en el camino que nos condujo a este punto de convergencia.

No quisiera hacer distinciones, pues, no ha lugar a ello, sin embargo, resulta ineludible agradecer públicamente la generosidad de los doctores Alfredo Morles Hernández, Luis Cova Arria y Enrique Urdaneta Fontiveros postulantes de mi nombre para optar al Sillón N° 30, cuyo causahabiente inmediato es el Académico Alberto Baumeister Toledo, cuya obra ha sido y seguirá siendo faro que ilumine el camino de consolidación del pensamiento jurídico del país, robusteciendo ese acervo por su dilata actuación en la Academia y el foro nacional. A sus familiares, aquí presentes, en representación de diversas

generaciones, hermano, hijos y nietos, nuestra máxima expresión de respeto, afecto y admiración.

Alberto Baumeister Toledo, nace en Chacao, estado Miranda en el año 1940. Hijo de Don Alberto Baumeister Baumeister y de Doña Luisa Toledo Rodríguez. Debe precisamente a su madre su incursión en el mundo del Derecho, pues, como él mismo lo recordó en su discurso de incorporación a esta Academia el 21 de junio de 2005, ella le expresaba que *“una viuda sin hijo abogado poco podía esperar que le respetaran su patrimonio”*.

Inicia así Alberto Baumeister Toledo sus estudios en la Universidad Católica Andrés Bello, los cuales alternó con la actividad docente como preparador y asistente en diversas cátedras a cargo siempre de los más destacados juristas en las más variadas áreas del Derecho.

Alberto Baumeister Toledo se gradúa de Abogado con mención *Summa Cum Laude* en el año 1962, para posteriormente obtener los títulos de especialista en Derecho Privado y en Derecho Financiero en esa misma Casa de Estudios, especialización esta última en la que tuvo el privilegio de ser su condiscípulo entre 1992 y 1994.

Alberto Baumeister Toledo fue profesor de pregrado, postgrado y doctorado, prácticamente en todas las universidades de prestigio del país, así como también en varias de Latinoamérica.

En unión del recordado y reverendísimo Padre Fernando Pérez LLantada, Alberto Baumeister Toledo sembró por todo el país la semilla de los postgrados en nombre de la Universidad Católica Andrés Bello.

Ese esfuerzo docente en la enseñanza jurídica también lo dedicó por más de 10 años a la Escuela de la Judicatura, organizando cursos en la Asociación de Jueces y en los Colegios de Abogados, para subsiguientemente hacer lo propio en la Escuela de la Magistratura.

En el ámbito judicial ocupó el cargo de Juez Suplente en el Juzgado Superior Nacional Agrario de Caracas y en los Juzgados Superior Primero de Familia y Menores y Superior Primero Civil y Mercantil de la Circunscripción del entonces Distrito Federal y estado Miranda. También fue integrante como Conjuez de la Sala de Casación Civil a cargo de la Sala Especial de Casación de la otrora Corte Suprema de Justicia.

Complementa sus logros de investigación con una dilatada labor editorial, sobresaliendo como Director de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Revista Internacional de Seguros. Fue también Presidente de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, creada por su inseparable socio y amigo, el muy respetado Académico Allan Brewer-Carías.

La actividad profesional de Alberto Baumeister Toledo, socio fundador del renombrado Escritorio Jurídico Baumeister & Brewer, se caracterizó por su precocidad, proactividad, vocación académica, perseverancia, versatilidad y generosidad, pero sobre todo por su preclaro talento y disposición al trabajo. Su constante formación, su innegable inteligencia y voluntad le abrieron desde muy joven las puertas de los más elevados escenarios jurídicos y favorecieron su consolidación como uno de los más respetados profesionales del Derecho, capaz de incursionar exitosamente en los más diversos campos de las Ciencias Jurídicas.

La prodigalidad de Alberto Baumeister Toledo en iniciativas como las descritas, quedaron plasmadas adicionalmente en numerosas inquietudes gremiales, especialmente en áreas como las de seguros, arbitraje, Derecho Constitucional y Administrativo.

En ese ámbito, especial mención merece la fundación de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero (ASOVEDEFI), hecho que me unió para siempre a Alberto Baumeister Toledo.

Ambos formamos parte de la primera promoción de egresados del postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello, donde compartimos durante dos años aulas en el Colegio San Ignacio de Loyola, sede de la especialización. Anecdóticamente recuerdo el día del último examen en el que, en medio de la celebración propia de la exitosa jornada concluida, fue planteada por compañeros contadores la iniciativa de conformar una institución capaz de albergar a profesionales de diversas disciplinas interesados en el Derecho Financiero, ya que la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, prestigiosa y tradicional institución en el área, sólo admitía en sus filas a abogados. Pasados los abrazos, risas y emociones propios del improvisado jolgorio estudiantil del fin de curso, vuelve a reunirse el grupo de compañeros para recibir sus títulos de especialistas. Alberto

Baumeister, líder indiscutible de ese destacado grupo de profesionales, anuncia en la antesala del Aula Magna de la Universidad Católica Andrés Bello la llegada de funcionarios notariales y señala que es condición para la imposición de medallas y obtención del título, suscribir el documento constitutivo de la “Asociación Venezolana de Derecho Financiero”. Nació así, ASOVEDEFI, el 14 de abril de 1994, llamada a atender bajo una visión multidisciplinaria el tema hacendístico del país. Para mi sorpresa, Alberto Baumeister Toledo, redactor del documento constitutivo-estatutario de la institución me había designado su presidente, carácter que fue inmediatamente ratificado por el resto de los fundadores. Ese gesto de distinción y confianza que tuvo Alberto Baumeister para conmigo, cambiaría para siempre mi vida y estoy seguro ha sido su intersección la que ha hecho que de su mano compartamos hoy, un nuevo capítulo de nuestra historia en común. A honrar a mi admirado y apreciado compañero Alberto me comprometo nuevamente en esta ocasión, como espero haberlo logrado cuando entre 1994 y 1999 presidí ASOVEDEFI.

La significación que la centenaria Academia de Ciencias Políticas y Sociales tiene para el país, implica para quienes hemos sido honrados con el ingreso a sus filas en condición de numerarios, asumir los retos que imponen los avances tecnológicos, la integración y los cambios culturales.

Bajo esa premisa, con miras a dar cumplimiento al extremo formal exigido por Ley, pero también para hacer de ello algo útil y provechoso, al elaborar mi Trabajo de Incorporación decidí incursionar en un tema, no sólo poco explorado en el ámbito jurídico mundial, sino complejo por su elevada abstracción y constante mutación.

A continuación, presentaré de manera resumida y conclusiva, por así imponerlo las características de este solemne acto, algunos de los aspectos más relevantes abordados en el referido estudio intitulado “Múltiples caras de los criptoactivos. Especial referencia al PETRO”.

A finales de los años setenta el politólogo de Harvard, Samuel Huntington, reveló su famosa afirmación de que constituía causa fundamental de inestabilidad social y política en los países en vías de desarrollo, el hecho de que las expectativas de la población crecían a más velocidad que la capacidad de cualquier gobierno para satisfacerlas.

El surgimiento de la blockchain y de las criptomonedas pareciera responder a esa disociación, cuya autoría se atribuye a un grupo multidisciplinario de “librepensadores” al que se denominó “Cypherpunks”, el cual irrumpe en el último cuarto del siglo XX con la propuesta de Friedrich Hayek de imponer un sistema monetario ajeno al Estado, forjado únicamente a base de las fuerzas del mercado. Aquella idea se consolida, a su manera, a finales de la primera década del siglo XXI con la creación de las criptomonedas, en respuesta al cuestionable desempeño del llamado dinero fiduciario y del sistema financiero mundial que había alcanzado su *climax* con la llamada Crisis Inmobiliaria de los Estados Unidos que arrastró consigo, entre otras, a Lehman Brothers en 2007.

Entre aquellos pensadores se encuentran los creadores del bitcoin, identificados bajo el pseudónimo de Satoshi Nakamoto a quienes puede catalogarse de *anti-establishment*, en el sentido de que su intención era la de que esa criptomoneda operara al margen del monitoreo gubernamental.

Bajo aquella línea de pensamiento surgen las criptomonedas, concebidas como activos digitales diseñados para trabajar como medios de intercambio que usan criptografía para darle seguridad a sus transacciones, controlar la creación de nuevas unidades y verificar su transferencia. Las criptomonedas funcionan sin respaldo físico, en tanto su aval es la seguridad que ofrece la blockchain y la confianza que tienen los usuarios en su posible intercambio futuro por bienes, servicios y monedas tradicionales. En este sentido, las partes intervinientes en cada transacción deben libremente otorgarle valor y aceptar dicho medio de pago en cada oportunidad en que las empleen.

Partiendo de la existencia a la fecha de más de 1600 criptomonedas en el mercado, CoinMarketCap estima que para el 8 de agosto de 2018 éstas representaban US\$ 227.8 billones, cifra esta que aunada a otros factores hacen del tema uno de alta sensibilidad y necesario estudio.

Según una encuesta realizada por Blockchain Capital, un 30% de los Millennials prefiere invertir su dinero en criptomonedas en lugar de las inversiones tradicionales en bonos, acciones y similares. Si bien ello no representa la mayoría de los integrantes de esa generación, se considera un número significativo y en constante crecimiento.

Ha sido igualmente señalado por especialistas en la materia, que entre los “Millennials” y las criptomonedas existe una propensión a la compatibilidad, por cuanto los integrantes de esa generación prefieren la autonomía frente a la dependencia de la banca, tienen aptitudes respecto del manejo de la tecnología y una actitud rebelde frente al sistema financiero tradicional, al cual denuncian por los frecuentes fraudes de que ha sido víctima la generación de los “baby boomers” que la antecede.

La generación Z que sigue a la de los Millennials, que recién comienza a incursionar en el mundo laboral y empresarial, se considera más propensa aún a incursionar en el ámbito de las criptomonedas, representando una fuerza propulsora de su crecimiento en el mercado comercial y financiero.

El fenómeno de las criptomonedas surgidas a la vera de la tecnología informática y más específicamente en la blockchain, es así parte de los cambios experimentados recientemente por la civilización que, por sus características y el entorno, para nada debe perderse de vista por parte de los operadores jurídicos.

Por primera vez en la historia, más allá de los Estados, individuos abanderados de las redes sociales se han agrupado para solventar o atender problemas globales. Ya no se considera que ciertas materias son competencia exclusiva de los Estados para lograr un nuevo modelo global respecto de ellas.

El llamado delito informático, el impacto que en los derechos ambientales y sociales supone la puesta en marcha de la blockchain, especialmente en aquellos casos que involucran a la llamada “minería”, las implicaciones que en materia de lavado de dinero y evasión tributaria representa la alternativa de las criptomonedas, así como su eventual impacto en las políticas monetarias a cargo de las autoridades gubernamentales competentes, son tan solo algunos de los temas que llaman a la reflexión en cuanto a la necesidad de que esa materia sea objeto de pronta regulación normativa.

La tecnología es sin duda expresión de avance, pero como toda invención humana debe ajustarse al ordenamiento jurídico existente o éste, frente a la aparición de aquélla, ha de tomar las medidas necesarias para normarla. En cualquier caso, así como las innovaciones

tecnológicas no pueden admitirse fuera del contexto en el que han de aplicarse, incluido en él, el Derecho, tampoco puede utilizarse el ordenamiento jurídico como herramienta para obstaculizar caprichosamente su desarrollo. Lo anterior se traduce en un dilema ético de vieja data que se ha venido registrando cada vez que se produce un hito tecnológico en la humanidad.

Una de las herramientas dirigidas a mantener aquel orden y equilibrio la constituye precisamente el Derecho. Un caso como el planteado, que valga observar, no es el único ni el primero, implica simplemente un reto mayor para el Derecho, dada sus particularidades tecnológicas, que no tienen que asumirse como inmanejables. Así como el internet y la blockchain han sido revolucionarias, el Derecho ha demostrado desde sus orígenes ser una de las más depuradas y efectivas expresiones de la creación humana, capaz de adaptarse en el tiempo y a cualquier escenario. El caso de las criptomonedas, insistimos, no tiene que ser la excepción.

A esos fines, en el trabajo de incorporación presentado a esta Academia procuré descifrar la naturaleza jurídica de los criptoactivos, especialmente de las criptomonedas, punto de partida de cualquier intento que pretenda llevarse a cabo para regularlas. En ese sentido se comenzó por efectuar un exhaustivo recuento histórico sobre la evolución del dinero, su concepción en el ámbito jurídico y económico, con miras a determinar si las criptomonedas encuadran o no en esa noción. De igual manera se procedió a determinar si las criptomonedas son bienes y qué tipo de cosas son, así como si respecto de ellas es posible reconocer la configuración del derecho de propiedad, un derecho real, un derecho de crédito o, en términos más generales, un derecho patrimonial.

Cumplido aquel objetivo, se estimó igualmente pertinente abordar el tema a la luz de las recientes actuaciones del gobierno nacional sobre la materia con miras a determinar su compatibilidad con lo avanzado en el resto del mundo. A esos fines se procedió a darle preeminencia a la determinación de la naturaleza jurídica del “criptoactivo venezolano PETRO” y a la evaluación de su validez.

Finalmente, se incursionó en el ámbito tributario en un esfuerzo por determinar el tratamiento que a nivel nacional han de recibir las operaciones que involucren criptoactivos en materia de Impuesto sobre

la Renta, Impuesto al Valor Agregado e Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar, para lo que se tuvo presente lo avanzado sobre el tema en el Derecho Comparado.

Teniendo presente el origen y características de las criptomonedas, resulta curioso, por decir lo menos, que el gobierno de Venezuela a partir de finales del año 2017 haya iniciado una campaña para su promoción, al punto de plantearse la creación de “criptoactivos nacionales”, el primero de ellos el “PETRO”.

Si algo ha caracterizado a los pasos iniciales dados en ese sentido ha sido la confusión. Las declaraciones emitidas por altos personeros del Poder Ejecutivo, los actos jurídicos por ellos dictados, que no sólo han resultado ambiguos, sino también, contradictorios, han atentado contra la seguridad jurídica que una medida de este tipo demanda. Aquel escenario se ha visto agravado, al tratarse de medidas que tienen como soporte originario los inválidos Decretos de Declaración de Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional y actuaciones de una Asamblea Nacional Constituyente cuestionada por su origen y desempeño.

El PETRO ha pasado así de criptoactivo a Unidad de Cuenta Fluctuante y a partir del 1° de octubre pareciera tendrá ese doble papel.

El precisar la naturaleza jurídica del PETRO como criptoactivo, obliga ante todo a cotejarlo con las criptomonedas, especialmente con el bitcoin. De tal comparación se arribó en el Trabajo de Incorporación a las siguientes conclusiones:

- 1° Mientras el PETRO se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano mediante una serie de decretos presidenciales y “constituyentes”, las criptomonedas no se encuentran reguladas expresamente en instrumentos normativos vinculantes dictados por autoridades gubernamentales, sino a través de *Whitepapers* elaborados por promotores privados y contratos inteligentes.
- 2° Mientras la emisión e intercambio del PETRO está centralizada en el Estado venezolano, las criptomonedas se caracterizan por ser descentralizadas y operar de manera autónoma.

- 3° Mientras la emisión de criptomonedas como el bitcoin es limitada, en tanto existe un número finito de monedas susceptibles de ser creadas, pareciera que la limitación de la emisión del PETRO prevista en el *Whitepaper* emanado de la SUNACRIP es relativa. Según ese instrumento habrá tantas emisiones de PETRO como haya lugar con base en las reservas de hidrocarburos afectadas como respaldo principal en un lapso de diez años, no se explica, sin embargo, cómo operará aquella correlación entre las unidades emitidas del criptoactivo, las reservas certificadas y el tiempo, lo que termina relativizando el carácter finito que pretende dársele a las emisiones.
- 4° Mientras el PETRO está respaldado en yacimientos de hidrocarburos líquidos, en la generalidad de las criptomonedas no existen tales sustratos, dependiendo su valor exclusivamente de la confianza que generen entre los suscriptores del sistema blockchain.
- 5° Mientras el mercado de criptomonedas gira en torno a las reglas de la libre oferta y demanda sustentadas en la confianza, el mercado del PETRO se verá claramente incidido por el intervencionismo del Estado, quien, por una parte, se compromete a promoverlo e incluso a imponerlo al haber anunciado el condicionamiento de la venta de ciertos bienes y la prestación de algunos servicios públicos al uso del criptoactivo venezolano y, por la otra, ser quien fija su precio, al menos a efectos de su oferta inicial.
- 6° Mientras una de las bondades que se reconocen a las criptomonedas es su economía en comparación con el sistema financiero clásico, en el caso del PETRO aquella nota no estará presente, al preverse el cobro de altas tasas administrativas por su liquidación en cualquier divisa.
- 7° Mientras el PETRO tiene como emisor a la República, quien pareciera asumirá obligaciones frente a su tenedor, las criptomonedas no cuentan con emisor identificable ni encierran compromiso alguno.

A pesar de la existencia de estas notas diferenciadoras entre el PETRO y las criptomonedas, no dejan de tener ciertos puntos de coincidencia que con el pasar del tiempo se han ido acrecentando, solo que de manera extrajurídica. Resulta pues dudosa, la calificación del PETRO como criptomoneda, pudiendo lo más reconocérsele como una versión *sui generis* de ellas, tema este que habrá que continuar monitoreando ante la inestabilidad que ha caracterizado su tratamiento normativo por parte del gobierno nacional.

El PETRO, como criptoactivo, se trataría de un bien patrimonial que en su concepción original contenida en el Decreto N° 3.196 del 8 de diciembre de 2017 pareciera encuadrar en la categoría de bienes muebles y más específicamente de un título valor desmaterializado. La lectura del *Whitepaper* publicado el 1° de octubre de 2018, hace dudar, sin embargo, de lo anterior, en tanto nada dice sobre la posibilidad, para su tenedor, de exigirle contraprestación alguna a la República, caso en el cual se asemejaría más a una criptomoneda.

Partiendo de la concepción del dinero como aquel reconocido por el ordenamiento jurídico como de curso legal y, siendo éste en Venezuela el bolívar conforme al artículo 318 de la Constitución, mal puede catalogarse al PETRO de dinero.

El PETRO no es de aceptación obligatoria por parte de los acreedores, salvo que esa haya sido la convención original o subsiguiente entre las partes de la relación jurídica. En tal virtud, el PETRO no cumple con los extremos propios del dinero legal, lo cual no varía con la pretensión del Estado de imponerlo de hecho respecto de determinadas operaciones comerciales o servicios públicos.

Entre los vicios que destacan respecto del PETRO, vale observar su supuesto respaldo en yacimientos petroleros, lo que resulta en clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 12 de la Carta Magna, según el cual, los yacimientos de hidrocarburos en su carácter de bienes del dominio público de la Nación no pueden ser legalmente transferidos ni dados en garantía, ni siquiera a otros entes públicos distintos de la República.

Tal disposición se encuentra en consonancia con el reconocimiento hecho por la Organización de las Naciones Unidas al derecho de propiedad que tienen los Estados sobre sus recursos naturales. Advierte,

sin embargo, ese organismo multilateral, que tal propiedad es común e indivisa, es decir, no puede repartirse o acreditarse, ni en tiempo ni en espacio, como cuota parte para el patrimonio particular de cada ciudadano, sino que debe permanecer como un bien patrimonial común e indiviso de sus nacionales de hoy, mañana y siempre.

Es así como pretender utilizar al Bloque Ayacucho 1 en la Faja Petrolífera del Orinoco como respaldo del PETRO, resulta inconstitucional.

De tratarse el PETRO de títulos valores o de otro tipo de operación dirigida a levantar ingresos para el Estado de obligatorio reembolso, no cabría duda, ello constituiría un endeudamiento para la República. Ésta al emitir el PETRO, asumiría unilateralmente la obligación de entregar un barril de petróleo y/o eventualmente una cantidad de bolívares. Su titular, al adquirirlo, se comprometería a pagar su precio, a la par que se haría titular del derecho a exigirle a su emisor el cumplimiento de aquellas prestaciones. De ser ese el caso, se configuraría una operación de crédito público conforme al artículo 80 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, que al no contar con la autorización de la Asamblea Nacional registraría un vicio adicional en la validez de la invención gubernamental.

Más allá de la condición y del rol de criptoactivo que pretende atribuírsele al PETRO, este también ha sido adoptado como Unidad de Cuenta Fluctuante, es decir, como unidad de valor dirigida a expresar cuantitativamente precios y salarios bajo un mecanismo que permita su ajuste en función del precio del barril de petróleo y del tipo de cambio oficial. Este papel atribuido al PETRO sin que medie norma jurídica alguna que lo respalde y bajo una fórmula de conversión al bolívar distinta de la valoración del PETRO como criptoactivo, aumenta sin lugar a duda la confusión reinante.

A más de dos meses de aquella medida y con una variación del precio del barril de petróleo de más de diez dólares y del tipo de cambio oficial de más de cuatro bolívares soberanos, aquella unidad de cuenta no ha hecho honor a su calificativo de fluctuante.

Finalmente, al exigirse el pago en PETROS de ciertos trámites ante la Administración Pública (pasaporte), en los que será necesario

adquirir con bolívares previamente al criptoactivo venezolano para luego entregarlo al Estado, el PETRO se asemejaría a una especie fiscal, como las viejas estampillas que se adquirirían para ser inutilizadas en presencia de la autoridad, sólo que ahora digitalizadas.

La tecnología blockchain en sí misma no puede santificarse o satanizarse. Dependerá del empleo que sus usuarios le confieran, se completen gracias a ella círculo virtuoso o vicioso. En ello, será determinante el papel que juegue el Derecho.

En ese contexto bien señala el economista venezolano Moisés Naim que:

“Ahora está fraguándose una nueva oleada de innovaciones, incluso de mayor envergadura, que promete cambiar el mundo tanto como las revoluciones tecnológicas de los últimos dos decenios. No empezará desde arriba, no será ordenada ni rápida, resultado de cumbres o reuniones, sino caótica, dispersa e irregular. Pero es inevitable.

Empujada por los cambios en la manera de adquirir, usar y retener el poder, la humanidad debe encontrar, y encontrará, nuevas formas de gobernarse”.

A enfrentar esa realidad debe estar dispuesto el Derecho, el abogado y la academia.

Mi inminente incorporación como Individuo de Número de esta Corporación que se formalizará en los próximos minutos con el juramento de Ley, necesariamente ha de estar precedida de un sincero y profundo homenaje a las personas e instituciones que han contribuido a que estemos aquí reunidos en tan solemne acto.

En primera instancia a mis padres, Jesús Ramón Carmona y Morella Borjas, modelos de rectitud, trabajo, generosidad, sacrificio y amor. En ellos y en el resto de quienes conforman las familias Carmona y Borjas reconozco la mayor inspiración y compromiso para emprender los retos que implica honrar su legado histórico libertario y su ejemplo de superación intelectual y de unión, que encuentra su máxima expresión en la impronta de la tía abuela Ana Rosa Borjas y las tías Olga Lucila e Isabel Carmona.

A Institutos Educativos Asociados, donde transcurrió mi formación preuniversitaria de la mano de tres pilares de la educación venezolana las Doctoras Luisa Elena Vegas, Eunice Gómez y María Isabel Vegas de Sosa.

A Concepción Cusati, mi profesora de biología en tercero y quinto años de bachillerato, quien esculpió hasta consolidar la firme vocación por la búsqueda de la excelencia que aún me acompaña y me motivó a afrontar con decisión los retos que nos impone la vida y a perseguir incansablemente mis objetivos.

A las cuatro organizaciones en las que he desarrollado mi carrera profesional y he encontrado grandes amigos y aliados: Petróleos de Venezuela, Carmona, Ducharme, Guerra & Asociados, KPMG y Grau, García, Hernández & Mónaco.

A Gabriel Ruan Santos, no sólo en su condición de Presidente de esta Academia, sino también, por su amistad y haberse convertido en ejemplo e inspiración en lo profesional y personal.

A la Asociación Venezolana de Derecho Tributario espacio privilegiado para el desarrollo científico y para el cultivo de la amistad.

A las Universidades Católica Andrés Bello, Central de Venezuela y al Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), por la generosa acogida que por casi cinco lustros me han brindado como parte de su profesorado.

A la Directiva de esta Academia por la acertada decisión de designar al Dr. Humberto Romero-Muci para dar contestación a este discurso, con lo que robustecen de significación personal a este acto, dada la admiración y amistad que a él me unen.

A Evelyn Barboza, Directora Ejecutiva de esta Academia, solícita y apasionada colaboradora, siempre solidaria.

Al Doctor Alfredo Morles que con su presencia el día de hoy escribe nuevas páginas de lecciones de actitud, disposición, compromiso y amistad, valores que nos acompañarán a lo largo de esta travesía.

A todos los amigos con los que la vida generosamente me ha premiado, con los que es posible compartir y encontrarle sentido a cada paso dado.

Escoltado por Santo Tomás, invoco su pensamiento al señalar: “Si el objetivo más alto de un capitán fuera preservar su barco, lo mantendría en el puerto por siempre”. Levo anclas, esta vez para surcar aguas profundas, un océano infinito, confiado en sortear la tempestad que nos embate por que la tripulación a la que me incorporo está comprometida a llevar a buen puerto a esta nave que nos alberga, nuestra patria, Venezuela.

Señoras, señores.

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN
DEL ACADÉMICO
DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

Señor Doctor Gabriel Ruan Santos Presidente y demás colegas Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Señores Numerarios de otras Corporaciones Académicas Nacionales. Señora Doña Morella Borjas de Carmona, Señor Dr. Jesús Ramón Carmona Borjas, hermanos y demás familiares del Profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas.

Señora Doña Isabel Carmona de Serra.

Directivos de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario y demás colegas tributaristas.

Profesoras Inés de Orellana, Beatriz Celis y demás profesores y maestros de Institutos Educativos Asociados.

Honorables Miembros de la Familia del Profesor Alberto Baumeister Toledo

Distinguidos invitados.

Señoras y Señores.

Uno de los más gratos deberes de un académico es dar la bienvenida a un nuevo numerario que ingresa a la Corporación. Agradezco a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el honor de designarme para proferir este discurso de salutación y dar cuenta de la reconocida e incontestable competencia del Profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas en el dominio de la ciencia jurídica y para hacer el juicio crítico reglamentario sobre su valioso trabajo de incorporación como individuo de número de esta corporación.

El recipiendario ocupará el sillón No. 30, vacante por el lamentable fallecimiento de su antecesor, el egregio jurisconsulto Prof. Alberto Baumeister Toledo, quien lo ocupó desde 2005, honrando a esta Academia con su esfuerzo intelectual y con su impronta perdurable de ciudadano ejemplar, así como a sus antecesores, en orden de sucesión, desde la fundación de esta corporación en 1915: los juristas Dr. Carlos Alberto

Urbaneja, Victorino Márquez Bustillos, José Manuel Hernández Ron, Darío Parra y Boris Bunimov Parra, quienes supieron colmar con sus ejecutorias la significación del derecho nacional.

El Académico Alberto Baumeister Toledo fue todo un paradigma de tesón, voluntad y superación científica. Una lección viviente de que el trabajo arduo pero productivo no cansa, sino afana y en adición, un testimonio palpable que en la vida hay tiempo para todo, y eso es vivir.

La presencia en esta Sala de los familiares del Prof. Alberto Baumeister Toledo, cuyo recuerdo permanece vivo en nuestro respeto y afecto, enaltece más aun la solemnidad y significación de este acto de incorporación académica.

Al recibir hoy entre nosotros a Juan Cristóbal Carmona para llenar el vacío que nos deja la ausencia del Prof. Baumeister, tenemos la convicción de que la compañía del novel académico contribuirá a enaltecer el prestigio del Sillón No. 30 y será el mejor consuelo, pero también el mejor homenaje a su antecesor, pues con certeza él habría aplaudido la selección que esta Academia ha hecho del recipiendario, cuyo brillo intelectual, juventud y capacidad de trabajo así lo auguran.

DE LOS DATOS BIOGRÁFICOS DEL RECIPIENDARIO

La excelencia constituye el valor que obliga a los hombres a exigirse a sí mismos y de sí mismos siempre más. Un imperativo que nos obliga a ser siempre mejores. Ortega y Gasset afirma que “...**la vida esforzada es el valor más alto**”¹. La excelencia se designa como el “**imperativo de la nobleza del alma**”. Pero la excelencia no es un valor casual. Es un arte ganado a base de entrenamiento y hábito. Del mismo modo, así como la práctica del valor de la excelencia es ejemplarizante, el excelente se hace del ejemplo excelente.

Juan Cristóbal Carmona Borjas integra una familia ejemplar. Una familia apureña. Oriundos de la “**Llanura venezolana**”, de esa tierra descrita por el Maestro Rómulo Gallegos, como “... ¡Propicia para el esfuerzo, como [...] **para la hazaña, [...] de horizontes abiertos,**

¹ Cfr. DE HARO HONRUBI, Alejandro, *Elites y masas filosofía política en la obra de Jose Orgega y Gasset*, Editorial Biblioteca nueva, Colección el Arquero, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid 2008, p. 229.

donde una raza buena ama, sufre y espera”!². Su único patrimonio es un caudal de rectitud, superación, estudio y trabajo sin pausas. Forjadores de líderes comprometidos con la civilidad, enfrentados por generaciones a la barbarie y al despotismo, protagonistas de luchas por la libertad, por el desarrollo social y por la democracia de Venezuela.

El novel académico nació en Caracas el 5 de septiembre de 1965. Es el tercero de los cuatro hijos varones en el hogar ejemplar que forma el matrimonio de Doña Morella Borjas Flores y el Doctor Jesús Ramón Carmona Borjas. Una pareja comprometida que cumplió el 29 de agosto de 2018, cincuenta y nueve (59) años de unión. De ese feliz encuentro desciende con sus hermanos. El mayor, Jesús Ramón –Administrador Comercial–, le sigue Juan Carlos –Ingeniero Civil– y finalmente, el menor, Andrés –Abogado y Conductor de televisión y radio.

Su padre, el Dr. Jesús Ramón Carmona Borjas, es un distinguido jurista, hombre público y ganadero. Acreedor del reconocimiento de todos por su dignidad profesional y por su eficiente y limpia actuación pública. Una figura ejemplar y una guía excepcional para el novel académico. Ex Procurador General de la República, Ministro de la Secretaría de la Presidencia, Ministro de Estado para las Relaciones entre el Ejecutivo Nacional y el Congreso y Ministro de Relaciones Interiores. Fue un connotado líder estudiantil comprometido desde muy joven con la causa de la democracia, con el progreso cultural y con la vida universitaria. Cabe señalar que desde niño Juan Cristóbal a la vez que cursaba sus estudios escolares, luego universitarios y al inicio de su ejercicio profesional, se convirtió en el principal auxiliar de su padre en las tareas de fomento de los establecimientos ganaderos ubicados en Elorza, Estado Apure y en Tinaco, Estado Cojedes, participando activamente en las labores de sabana y control de rebaños. Pero al mismo tiempo la entrega y el liderazgo político del padre, dejarán una impronta indeleble en el espíritu del novel académico. De allí su vocación jurídica, su vocación gremial y de servicio público y por sobre todo su profundo amor por Venezuela. Una relación virtuosa de continuidad entre un padre ejemplar y un hijo inteligente y aprovechado.

² Cfr. GALLEGOS, Rómulo, *Doña Barbara*, Trigésima cuarta edición, Colección Austral, Espasa-Calpe, Madrid 1981, p. 279.

Su madre, Doña Morella Borjas, ha sido una mujer que hasta el día de hoy ejerce a tiempo completo su rol de esposa, madre y abuela, habiendo hecho de ello una exitosa empresa que ha tenido como balance ese hogar de 59 años, cuatro hijos profesionales, todos ciudadanos de valía y tres nietas que van encaminadas con las mismas virtudes.

Su sacrificio, voluntad de trabajo y disposición han generado la mayor admiración por parte de quienes la conocemos. Ha sido una compañera incansable en la actividad agropecuaria de la familia, eficiente compañera en la lucha política y profesional de su esposo. Se debe a la finura de Doña Morella la vocación estética de Juan Cristóbal, su buen gusto por la música y por las artes plásticas y su sosegada y elegante personalidad.

Entre los Carmona Borjas destaca una personalidad magnífica. La connotada Olga Lucila Carmona Borjas. Periodista egresada de la primera promoción de la Universidad Central de Venezuela al lado de figuras del talante de Miguel Otero Silva y María Teresa Castillo entre otras personalidades. Olga Lucila, cuyo pseudónimo literario era Lucila Velázquez, desarrolló una intensa actividad poética entre los años 1949 y 1999. Se le reconoce una gran creatividad literaria y “... **un espacio lírico consolidado en el tiempo, en el que se conjugan oficio y experiencia, originalidad y coherencia de la más elevada demostración de la belleza y la autenticidad...**”. Lucila fue además una brillante diplomática de carrera, representando a Venezuela en las embajadas de Rumanía, Bulgaria, Dinamarca y Grecia.

Pero hay otra persona muy especial e importante entre los Carmona Borjas. Ejemplo de dignidad y coraje. Motivo de orgullo familiar e inspiración permanente. Me refiero a Doña Isabel Carmona de Serra. Abogada, profesora universitaria y líder destacada en las luchas por la instauración de la democracia en el país. Su activismo le valió dos encarcelamientos durante la dictadura de Pérez Jiménez, siendo que en el último encierro nació el tercero de sus hijos. Luchadora sin descanso por los valores democráticos y por los derechos de la mujer, actividad que la mantiene a los ochenta y ocho años de edad como Presidenta del Partido Acción Democrática. Doña Isabel fue designada entre las 100 heroínas del mundo en el IV Congreso Mundial de Mujeres celebrado

en Beijín bajo el auspicio de las Naciones Unidas en el año de 1995. Su presencia hoy en este Paraninfo engalana este acto académico.

DE LA FORMACIÓN ACADÉMICA DEL RECIPIENDARIO

La excelencia académica siempre ha caracterizado la formación intelectual de Juan Cristóbal Carmona Borjas. Siempre se ha destacado por optar por la mejor educación y destacar entre los mejores.

Es egresado de nuestro querido Colegio: Instituto Educacionales Asociados. Una de las más conspicuas instituciones educativas del país, fundada por las egregias educadoras Luisa Elena Vegas e Eunice Gómez, ejemplos vivos de civismo y entrega, potenciadoras de talento, formadoras en valores éticos y sociales.

Allí cursó estudios de preescolar, primaria y secundaria, graduándose con honores en 1982. A estas aulas nuestro recipiendario atribuye la forjación de los valores de la disciplina, el respeto, la constancia, la responsabilidad, el trabajo en equipo, el liderazgo y la sensibilidad social.

El recipiendario es otro valioso egresado de nuestra *alma mater*, nuestra querida Universidad Católica Andrés Bello, con los títulos de abogado y especialista en derecho financiero. Su ejemplar trayectoria representa el paradigma del egresado ucabista comprometido humildemente con la excelencia para servir más y mejor. Representa los mismos valores de todas esas generaciones de estudiantes que se identificaron con el propósito común del promover el conocimiento, el progreso, la justicia y el desarrollo social del país. Representa los mismos ideales de nuestros estudiantes de hoy que expresan su rechazo cultural y que condenan el uso irracional de la fuerza, que rechazan la imposición de una visión única y totalitaria del pensamiento y de esa forma de gobernar que busca humillar en vez de exaltar los mejores valores de la convivencia social.

Juan Cristóbal Carmona Borjas es integrante de la promoción de extraordinarios juristas de 1987. Se graduó con mención *Summa Cum Laude*. Ocupó el primero lugar en la promoción de ese año.

Entre sus compañeros de curso destacan los distinguidos colegas Ignacio de León; Leopoldo Martínez Nucete; Juan Domingo Alfonso; Perkins Rocha; María Elena Toro, Ernesto Vogeler, Carlos Leañez

(hijo) y Luis Ernesto Andueza, entre otros. Sus compañeros lo recuerdan por su entusiasmo, su generosidad y solidaridad para compartir sus conocimientos y colaborar en los múltiples proyectos universitarios.

Por confesiones personales del beneficiario sé que, entre los profesores que más lo marcaron destaca la Académica Dra. Tatiana de Maekelt, expresidenta de esta corporación, el recordado hacendista público Dr. Jaime Parra Pérez y el Académico Gabriel Ruan Santos. La primera por su rigor, dominio de la materia, dinamismo, carácter y elegancia. El segundo, por su conocimiento técnico, claridad en la explicación, humildad y disposición a orientar. Finalmente, el tercero, hoy Presidente de esta corporación, a quien el beneficiario identificó como un modelo a seguir por su disciplina, sentido de responsabilidad y conocimiento de la materia. Desde 1993 entablaron una sólida amistad y un fructífero intercambio intelectual que les permitió desarrollar proyectos gremiales y académicos exitosos. Al frente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario todos recordamos la efectividad de la propuesta sobre el sistema tributario, que la asociación presentó a la asamblea nacional constituyente de 1999 que sirvió de base para la redacción del texto en la constitución vigente sobre la materia.

Fue becado en 1990 por Maraven, S.A (filial de Petróleos de Venezuela, S.A.) para cursar una Maestría en Derecho anglosajón (LLM in Common Law) en la prestigiosa Universidad de Georgetown, Washington, D.C. La experiencia Nortamericana lo impactará convirtiéndose en una de las mejores vivencias hasta el presente. El crecimiento personal, la reafirmación de valores y principios inculcados en el hogar, en el Institutos Educativos Asociados y en la UCAB, permitieron que ese estudio fuera aprovechado académica, como personalmente. Forma parte del primer grupo de estudiantes de la especialidad de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello. Un postgrado concebido por los profesores Federico Araujo, el Padre Pérez Llantada y Alberto Baumeister Toledo. Un grupo excepcional integrado por unos 35 abogados, economistas y contadores públicos, en los que la calidad del alumnado competía con la del profesorado. El carácter multidisciplinario del grupo, el nivel de los compañeros (Alberto Baumeister, Manuel Torres Núñez, Otmaro Silva, Fulvio Italiani, Juan Carlos Garantón, Rafael Guillot, Manuel Bahamonde, Arnoldo

Troconis, entre otros), la trayectoria de los profesores y el orden administrativo de la UCAB, se tradujeron en otra excelsa experiencia. De ese postgrado obtuvo la mención Cum Laude. De allí surge la idea de constituir a la Asociación Venezolana de Derecho Financiero (ASOVEDEFI) de la cual fue designado primer presidente, por su antecesor el académico Alberto Baumeister Toledo y ratificado posteriormente por el grupo de fundadores.

Hoy el profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas culminó sus estudios de doctorado en derecho en la Universidad Central de Venezuela. El prestigio y la historia de esa casa de estudios, no podía quedar al margen de su formación. Tengo la satisfacción de ser su tutor de tesis doctoral que está pendiente de presentación y discusión.

DE LA TRAYECTORIA DOCENTE Y GREMIAL DEL PROFESOR CARMONA BORJAS

La obra docente del Profesor Juan Cristóbal Carmona se revela con brillo y perseverancia. Desde 1995 hasta el presente se desempeña como profesor en la Catedra de Presupuesto y Gasto Público en el Postgrado de Derecho Financiero de la UCAB. Fue igualmente profesor en el Postgrado de Derecho Internacional Económico y de la Integración en la UCV, donde impartió la materia de Fiscalidad Internacional por 10 años, hasta 2005.

Adicionalmente, fue profesor de Descentralización Fiscal Estatal en el Postgrado de Derecho Tributario de la UCV, entre los años 2005 y 2010. Desde el año 2003 forma parte del grupo de Profesores Invitados del Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), donde imparte clases sobre temas tributarios y petroleros en distintos programas.

La actividad gremial es uno de los grandes aciertos que se le reconocen al novel académico.

Fundador y Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero por 5 años. Vice Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario por 4 años y luego Presidente por 4 años más. En total 13 años de intensa labor gremial, con una cantidad de esplendidos

eventos organizados, de publicaciones coordinadas, incluidas la Revista de Derecho Tributario, la creación del Fondo Editorial de la AVDT, el Premio Marcos Ramírez Murzi y la coordinación de 4 Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario.

DE LOS APORTES ACADÉMICOS DEL PROFESOR JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS

Juan Cristóbal Carmona Borjas es hoy un consagrado hacendista público. Así lo comprueban sus innumerables publicaciones especializadas, resultado de su innegable capacidad intelectual, su dominio experto de las finanzas públicas por más de treinta años y, por sobre todo, el claro sentido ético con el que siempre ha asumido el estudio y la práctica en este específico y complejo sector de la ciencia jurídica.

5 libros publicados y 60 artículos en obras colectivas y revistas nacionales y extranjeras avalan su producción académica. Junto a la obra escrita ha cumplido una intensa actividad como conferencista en eventos nacionales e internacionales, habiéndose convertido en uno de los disertadores más demandados en el país. Su obra la identifica un estilo directo. Un lenguaje claro, sin adiposidades, con la debida propiedad técnica y con la precisión que exige el lenguaje jurídico.

Su obra abarca temas tributarios, presupuestarios, cambiarios, sobre descentralización fiscal e hidrocarburos. Sus libros y artículos constituyen referencia obligada en el análisis de las actuaciones del Estado y en la concepción de políticas hacendísticas en el país, así como una fuente de apoyo en la formación académica de estudiantes de pregrado y postgrado. Mencionarlos todos sería un exceso del discurso y empecería el júbilo de este acto.

Sin embargo, destacan entre sus obras señeras los libros (i) **“Descentralización Fiscal Estatal en Venezuela” (2005)**, (ii) **“Tributación en Venezuela en el contexto de la Responsabilidad Social del Sector Empresarial” (2012)**, (iii) **“Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela (2016) y Actividad Petrolera y Finanzas Públicas en Venezuela”(2016)** (Obra galardonada con el premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales) y (iv) **Aspectos**

Temporales de la Ley Tributaria en el Ordenamiento Jurídico Venezolano (2016).

Una trayectoria de investigación y reflexión tan extensa y variada como ésta, evidencian el inquebrantable esfuerzo del Profesor Juan Cristóbal Carmona por promover y divulgar generosamente el conocimiento jurídico. Estos son los recorridos ejemplares que se admiran y se agradecen, porque definitivamente contribuyen al desarrollo del Derecho por el efecto multiplicador que tienen.

DE LA TRAYECTORIA PROFESIONAL DEL PROFESOR JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS

El novel académico también exhibe una importante trayectoria profesional. Ha protagonizado como (i) abogado interno de la Industria Petrolera Nacional (trabajó en Maraven, S.A. filial de Petróleos de Venezuela), (ii) fue asesor externo de importantes transnacionales dedicadas a la explotación de hidrocarburos en el país, (iii) fue parte del equipo de auditoría externa de la estatal petrolera, (iv) ha sido asesor de los Poderes Públicos Nacional, Estatal y Municipal (v) hoy ejerce libremente la profesión de abogado como socio en el Escritorio Grau, García, Hernández & Mónaco.

Singular importancia merece su impronta como corredactor de los proyectos de Ley Orgánica de Hacienda Pública Estatal, la Ley del Consejo Federal de Gobierno y de la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial. En esa oportunidad actuó como asesor externo de la Oficina de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional, junto a los Economistas Francisco Rodríguez y Michael Paintfol y la abogada Adriana Vigilancia.

Llevó adelante el proceso legal de la consulta popular exigida por la Constitución, recorriendo el país con Diputados y Gobernadores. Tuvo la oportunidad de dictar 2 conferencias sobre el tema en el Hemiciclo de la Asamblea Nacional frente a todos los parlamentarios y el tren ejecutivo del momento.

Esa experiencia lo acercó más al país y a los políticos; a entender sus necesidades, debilidades, penurias y grandezas y a comprometerse a

ayudarlos a pedido, sin esperar nada a cambio y sin crearse expectativas ni esperanzas de que ello termine traduciéndose siquiera en algo para el país. Simplemente aporta y cumple.

La frustración de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Estatal ha sido clara expresión del talante autoritario y antidemocrático del régimen actual. Fue sancionada por la Asamblea Nacional (2003), vetada por Hugo Chávez y resucitada dos veces. En todos esos procesos fue llamado para su sanción en Primera Discusión, la última vez, por la Asamblea Nacional instalada en 2015. Las circunstancias truncaron nuevamente su camino, sin embargo, no claudica frente al anhelo y necesidad de la descentralización, auténtico proceso del que dependerá el restablecimiento de la democracia en el país.

Otro hito profesional decisivo fue la participación en el equipo auditor de la firma KPMG en la estatal PDVSA. Una experiencia especialmente retadora.

Fueron 12 años de arduo trabajo analizando temas de gran complejidad e interés profesional, en los que fue necesario actuar con la mayor objetividad, para no confundir lo profesional con lo político y lo personal. Se hicieron serias objeciones sobre el proceder del cliente. A pesar de eso, hubo oportunidades en que recibió felicitaciones por sus explicaciones. Situación que confirma que, independientemente de lo decidido por la gerencia de esa compañía, cuando se estudia, prepara y fundamenta algo, es posible enfrentar al más complejo y poderoso interlocutor y contrincante.

DEL TRABAJO DE INCORPORACIÓN

En Venezuela la deriva autoritaria ha desmantelado el Estado democrático y social de derecho durante los últimos 18 años. Producto de su “...**progresiva desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización...**”³, en su lugar y bajos sus despojos, se ha ensamblado un Estado totalitario, una dictadura totalitaria,

³ Cfr. BREWER-CARIAS, Allan, *Estado totalitario y desprecio a la Ley <la desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela>*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, p. 19.

que ha pasado a controlar todos los aspectos de la vida política, social y económica del país⁴.

Se han instalado todo tipo de controles sobre la economía (control de cambio, control de precios, tasas de interés, importaciones, exportaciones, etc.). Estos controles solo han servido para crear más distorsiones, asfixiar la economía, generar inseguridad jurídica y una red clientelar y de corrupción entretejida por el *régimen* y *partido de gobierno*⁵. En definitiva, se ha puesto en pie todo tipo de leyes para imponer el modelo económico de un estado corporativo excluyente, con el fin de sustituir el sistema democrático de equilibrio económico.

El privilegio monopolístico en la creación de dinero ha sido pervertido por el Gobierno con la complicidad del BCV como un instrumento recaudatorio para financiar sus déficits fiscales. Su efecto, la hiperinflación. El impuesto más regresivo e inconsulto: “...**el termómetro de la pérdida de los derechos individuales y del aumento del poder estatal**”⁶. Según proyecciones del FMI para el año 2018 alcanzará la vulgar y vergonzosa desproporción de 1.000.000%. La más alta en la historia del mundo.

La hiperinflación tiene consecuencia directa en la destrucción del sistema monetario. El llamado bolívar “fuerte” y ahora el bolívar “soberano” solo son eufemismos mendaces para encubrir que el curso legal perdió significado, que no genera confianza, que no tiene poder de compra ni convertibilidad externa. Que solo encubren que el signo monetario que lleva el apellido del Libertador, indignamente, ahora es nada. Simplemente, nada.

En este contexto de barbarie, de aberración ideológica y de ruina económica, el Profesor Carmona Borjas nos ofrece su trabajo de incorporación académica intitulado “**Aspectos jurídicos de los Criptoactivos. Especial referencia al PETRO**”. Una obra pionera y

⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁵ La Academia Nacional de Ciencias Económicas, “**La Academia Nacional de Ciencias Económicas se dirige a la Nación**”, consultado el 30 de abril de 2018, disponible en web: <<http://www.anhvenezuela.org.ve/novedades/noticias/la-academia-nacional-de-cienciaseconomicas-se-dirige-a-la-nacion>>.

⁶ *Cfr.* FRAGA LO CURTO, Luis, “**4 décadas de políticas inflacionarias**”, Presentación del libro <Control e inflación. La inviabilidad del sistema venezolano de planificación centralizada de precios>, Universidad Metropolitana, Caracas 2015, p. 8.

de inestimable actualidad en la materia. Una herramienta analítica y crítica que reta a los operadores jurídicos a poner a prueba la capacidad del Derecho para no dejarse rebasar por la tecnología, ni por subterfugios para evadirlo.

El trabajo de incorporación representa una denuncia sobre el más reciente artilugio del régimen y partido de gobierno por continuar desarticulando el sistema monetario nacional: La invención del llamado “Petro”. Un criptoactivo que encubre el propósito de ser un pretendido salvavidas financiero para el proyecto político fracasado y destructivo. Esta vez, amparado por el halo de impunidad que ofrecen la complejidad de la tecnología *blockchain*, la novedad del llamado dinero digital y la ambigüedad regulativa del tema, tanto de las criptomonedas como del propio “criptoactivo venezolano”.

El carácter descentralizado y anónimo de la propiedad de los criptoactivos ha sido objeto de severas críticas por la posibilidad de sus usos desviados para fines inconfesables como el lavado de dinero, el narcotráfico y la evasión tributaria. En la circunstancia venezolana es curioso, que un Gobierno se convierta en promotor de criptomonedas. Una cuestión es que permita su uso y otra muy distinta que se convierta en uno de sus propulsores, operadores e incluso emisores.

Pudiera pensarse que esa cara turbia de las criptomonedas es terreno propicio para evadir las sanciones impuestas por gobiernos extranjeros a ciertos funcionarios públicos o a quienes participen en mecanismos de financiamiento instrumentados por la República Bolivariana de Venezuela, así como para generar un negocio a quienes sean autorizados a la actividad de minería. Por otra parte, la creación del PETRO pudiera ser otra forma de financiamiento sin respaldo, a la manera del “dinero inorgánico”.

El trabajo de incorporación se enfrenta a ese sórdido mundo abordándolo de una manera técnica y objetiva. El beneficiario comienza con un enjundioso recuento histórico de la evolución del dinero, sus orígenes en los tiempos más remotos de la historia en la que imperaba el trueque hasta los tiempos actuales. A través del estudio del dinero se busca, por un lado, confirmar su carácter múltívoco (jurídico, económico y sociológico), su condición de instituto dinámico y la esencia que

le imprime su sello. Este contrastarse con el dinero permite determinar hasta qué punto las criptomonedas califican como tal dinero.

Las críticas al sistema monetario tradicional, aunadas al desempeño de la banca pública y privada, así como de otros factores, promovieron la idea de un sistema monetario ajeno al Estado, forjado únicamente a base de las fuerzas del mercado. Esa fue una propuesta ilustrada del austriaco Friedrich Hayek Premio nobel de economía. Bajo esta visión, se haría más eficiente la microeconomía, dadas las evidentes debilidades del sistema monetario gubernamental tradicional. Su objetivo era presentar al dinero como una mercancía que, de forma similar a los restantes bienes existentes en un mercado, pudiera ser suministrado con mayor eficiencia en la sociedad por el sector privado que por un monopolio estatal, con el fin de emancipar a la sociedad del “yugo del Estado soberano en materia monetaria”.

En ese escenario, algunos respaldan la aparición de la *blockchain* y, especialmente la canalización a través de ella de las criptomonedas. Sin embargo, como toda innovación, ha venido acompañada de adeptos y detractores. Es así como la *blockchain* a la par que es elogiada por algunos expertos, es atacada duramente por otros.

El trabajo de incorporación efectúa importantes aportes sobre el tratamiento jurídico que deben recibir las criptomonedas en el ordenamiento jurídico venezolano. El Profesor Carmona Borjas sostiene que son bienes y, dentro de ellos, cosas incorporales, fungibles, genéricas, divisibles y muebles, lo que tiene especial importancia a efectos de su tratamiento impositivo, fundamentalmente en materia de Impuesto al Valor Agregado.

Juan Cristóbal Carmona destaca las dificultades que encierra la posibilidad de considerar a las criptomonedas como objeto de derecho reales, dada su eventual calificación de bienes genéricos y contundentemente declara la inviabilidad de considerarlas generadoras en sí mismas de derechos de crédito.

Bajo ese enfoque pudiera decirse que el derecho de propiedad sobre criptomonedas califica como un derecho patrimonial. Una propiedad sobre bienes inmateriales, en razón de su carácter absoluto, exclusivo y la posibilidad de enajenación. No obstante, persiste la tesis de que se trata en todo caso de una propiedad que sólo recae sobre cierto

tipo de bien incorporal, como ocurre con los derechos de autor y del inventor. De ahí que en un caso como el de las criptomonedas el Profesor Carmona sea partidario de reconocer un derecho de propiedad, *sui generis*, al estilo del Derecho de la Propiedad Industrial o intelectual.

El derecho de propiedad que tiene por objeto criptomonedas registra varias características. En primera instancia pudiera pensarse que las criptomonedas no sólo son incorporales, sino también carentes de valor intrínseco, en tanto en sí mismas no encierran un derecho de crédito, como ocurre, por ejemplo, con un título valor desmaterializado, ni cuentan con un sujeto contra el cual reclamar contraprestación alguna, como si puede ocurrir con el papel moneda que a pesar de no tener valor en sí mismo da un derecho frente a su emisor por efecto del ordenamiento jurídico. No obstante, las criptomonedas adquieren valor según sean demandadas por agentes económicos dispuestos a transar con ellas y en función de lo cual es posible reconocer un derecho de propiedad *sui generis* respecto de las mismas.

El dinero es de curso legal cuando el Estado ha reconocido que a través de esa moneda se puede liberar válidamente una obligación pecuniaria en una jurisdicción monetaria. Su presencia en el mercado es controlada por el Banco Central del país de que se trate.

Debido al carácter descentralizado e intangible de las criptomonedas, estas no califican como dinero legal. La razón fundamental para negarles aquel carácter es su falta de reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico de los estados como monedas de curso legal.

No obstante, aquella conclusión, el autor no deja de alertar sobre las implicaciones que el uso de las criptomonedas pueda tener en el sistema y en la política monetaria de alcanzar volúmenes significativos.

Todas las reflexiones anteriores nos conducen al análisis del llamado “PETRO”: Otro subterfugio mendaz para esconder y evadir la ruina económica del país.

Según Juan Cristóbal Carmona, la confusión y la desinformación caracterizan los primeros pasos dados por el régimen en la implementación del PETRO. Las declaraciones emitidas y los actos jurídicos dictados por altos personeros del Poder Ejecutivo, no sólo han resultado ambiguos, sino también, contradictorios, han atentado contra la seguridad jurídica que una medida de este tipo demanda. todo ello se agrava, al

tratarse de medidas que tienen como soporte los inválidos Decretos de Declaración de Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional y las actuaciones de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente cuestionada por su origen y desempeño.

Más allá de lo señalado, el factor decisivo de la inviabilidad jurídica de llevar a cabo la irregular iniciativa, es el inconstitucional respaldo en yacimientos petroleros que se ha previsto conferir al supuesto “criptoactivo”, así como el endeudamiento que pareciera suponer y que no cuenta con la aprobación de la Asamblea Nacional.

Después de efectuar un detallado recuento de los actos normativos hasta la fecha dictados con miras a regular al PETRO, que ponen en evidencia las contradicciones, excesos y hasta desprecio por la formalidad y el Derecho, Juan Cristóbal Carmona procede a confrontar a la invención gubernamental con figuras propias de la criptografía como los tokens, los criptoactivos y las criptomonedas, llegando a la conclusión de que el PETRO ha pasado en el tiempo por diferentes posibles calificaciones. De un título valor impropio pareciera pasar a una criptomoneda *sui generis*. En todo caso, en su versión normativa oficial aún vigente en la que pareciera calificar de título valor impropio, pasa en su implementación práctica derivada del *Whitepaper* emitido por la SUNACRIP y refrendado por el Presidente de la República a algo más parecido a una criptomoneda.

Juan Cristóbal Carmona contrasta al PETRO con las criptomonedas tradicionales, poniendo en evidencia grandes diferencias entre ambas figuras, efectúa un profundo análisis sobre los vicios de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad de la referida invención y al igual que respecto de las criptomonedas descarta la posibilidad de equipararlo a dinero y la posibilidad de considerarlo como un bien o cosa.

Finalmente, el autor se centra en analizar la llamada “usabilidad” de las criptomonedas y del PETRO, como medios de inversión, ahorro, pago, intercambio, y préstamo, la calificación contractual de cada una de esas operaciones y sus implicaciones en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, para finalmente abordar el tratamiento impositivo de las operaciones que involucran a los criptoactivos, sean criptomonedas o el PETRO.

EPÍLOGO

Son tiempos difíciles para el país. Cuando parece que en Venezuela son irrefrenables la deriva autoritaria, el colapso económico y social y la descomposición institucional, cuando la ruptura de la deliberación y el diálogo no dejan espacio a la política de los consensos, esta sociedad exhausta y aletargada, exige de esta Corporación que asuma con coraje su condición histórica de guardián de la conciencia jurídica del país, dando un paso más para acompañar y orientar a la Nación que sufre el escepticismo y la desmovilización de sus ciudadanos, en esta lucha por recuperar la civilidad y la democracia, único horizonte político de legitimidad.

Profesor Juan Cristóbal Carmona Borjas sea Ud., bienvenido a la centenaria Academia de Ciencias Políticas y Sociales. La corporación lo recibe jubilosa en un momento retardador de nuestra historia. Aquí tiene un sitio que le estaba reservado por derecho propio. Aquí puede volcar su energía creadora, su empeño civilizador, su ciudadanía responsable y digna, su lujosa vitalidad al servicio del país. Aquí puede ser más y mejor. Haga gala de su gentilicio apureño. Del imperativo caballeresco de ser a la vez corcel y espuela. Contribuya con nosotros a restablecer en Venezuela el progreso y hacer que la barbarie retroceda vencida, para que Venezuela sea siempre como la llanura: **“...toda horizontes, como la esperanza, toda caminos, como la voluntad”**⁷.

De Ud., aguardamos bastante, en exceso de lo mucho que ya nos tienes dado.

Señoras, Señores.

Caracas, 6 de noviembre de 2018.

⁷ *Cfr.* GALLEGOS, Rómulo, *Doña Barbara*, Trigésima cuarta edición, Colección Austral, Espasa-Calpe, Madrid 1981, p.66.

**SESIÓN SOLEMNE
EL ACTO DE INCORPORACIÓN
DEL DR. RAMÓN GUILLERMO AVELEDO
COMO INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN SILLÓN N° 15.
06 DE DICIEMBRE DE 2018.**

**DISCURSO DE INCORPORACIÓN
DEL DR. RAMÓN GUILLERMO AVELEDO
A LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES.**

Presidente y demás miembros de la Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Señores Individuos de Número de la Academia y de las demás Corporaciones
Familiares del Doctor Humberto Njaim
Señoras y Señores

“La raíz de la libertad se encuentra en la razón. No hay libertad sino en la verdad.”¹. Conmovido al subir por primera vez a este púlpito, tengo muy presente el pensamiento de su epónimo en el cual busco guía e inspiración. En línea con Santo Tomás, desde de la filosofía del “obrar”, Maritain nos dirá,

*Para que el hombre regule con orden sus actos libres, la ciencia debe ir acompañada de la virtud de la prudencia, que, utilizada debidamente, hará que en cada caso juzguemos con rectitud el acto que vamos a realizar y queramos sin desfallecimiento aquello que ha sido juzgado bueno.*²

En ese espíritu agradezco a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales esta convocatoria a servir. Asumo a plena conciencia el exigente juramento de este día.

Con mucho más fuerza se siente el compromiso de tan alto honor, al haberme elegido los miembros de esta corporación ultra centenaria para el Sillón N° 15 que ocupara en vida el inolvidable maestro Humberto Njaim, admirado decano y amigo. Sillón cuyo historial incluye a venezolanos eminentes como Pascual Venegas Filardo, paisano cuya visión universal tanto nos enseñó a encontrar en los libros; a Carlos Siso,

¹ Ver Tomás de Aquino.: *De veritate* (Humberto Giannini y Oscar Velásquez, Traducción, prefacio y notas). Editorial Universitaria. Santiago de Chile, 1996.

² Maritain, Jacques.: *Introducción a la Filosofía*. Club de Lectores. Buenos Aires, 1985.

autor del estudio sociológico sobre *La Formación del Pueblo Venezolano*; al constructivo ministro de Educación Gustavo Herrera y a Juan de Dios Méndez y Mendoza, el primer historiador de nuestra Alma Mater, la Universidad Central de Venezuela, la “casa que vence las sombras”.

La historia del sillón que desde hoy ocupo, gracias a la benevolencia de ustedes académicos, nos habla de la vida y trayectoria de este cuerpo. No sólo por la asimetría en el desarrollo que en la hora de su nacimiento había en Venezuela entre la ciencia jurídica y las ciencias políticas y sociales, brecha que para bien se ha ido cerrando, sino por la vocación humanista de esta corporación. Porque cabe aquí parafrasear a Letamendi³, tan repetido por los mejores médicos que conozco, el que sólo sabe de Derecho, ni Derecho sabe.

NJAIM, EL DEBER DE HACER LA REPÚBLICA

Asumo sin esfuerzo la noble tradición del elogio de mi antecesor Humberto Njaim. Es fácil ponderar sus méritos, lo difícil será ocupar su lugar en este escenario, bajo la mirada de la Historia civil de nuestra nacionalidad.

Coincidencia, tal vez sea que desde la elección en 1954 de Venegas Filardo, sesenta y cuatro años hasta ahora, el sillón N° 15 lo ocupemos quienes hemos sido formados en la escuela que procura “Despertar en el hombre la atención hacia el mundo y hacia la vida; moverle a maravillarse ante la belleza de la creación, las multiformes riquezas del arte, las conquistas de la ciencia, las elucubraciones del pensamiento, la variedad de la civilización...”⁴, la fundada por el Señor de La Salle, sobre pilares de fe, virtud, saber y deber.

Lo refiero porque ¿Quién puede dudar del peso del sentido del deber en la trayectoria de Njaim? Deber como valor personal y como valor social. Deber como esposo y como padre. Deber como estudioso y como profesor. Deber como ciudadano. Se aprecia en su obra docente, se lee en su obra escrita, se constata en su vida.

³ José de Letamendi y Manjarrés (Barcelona 1828- Madrid 1897) Médico patólogo y académico. Su discurso de incorporación fue *Concepto social de la división del trabajo en Medicina*.

⁴ *Declaración sobre el Hermano de las Escuelas Cristianas en el mundo actual* (1967).

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello con estudios de Ciencia Política en la Universidad Libre de Berlín, Doctorado en la disciplina por la Universidad Central de Venezuela, Máster en Administración Pública por la Universidad de Harvard, cuyo lema *Veritas*, enlaza con el comienzo de estas palabras y con la búsqueda incansable de Njaim. Universitario de toda la vida. Profesor e investigador por más de medio siglo. En la UCV, en el IESA y en la Universidad Metropolitana donde conviví con su integridad, aunque comencé a apercibirme de su presencia y su raro talento en el cafetín que frecuentaba en el pasillo frente a la vieja Facultad de Derecho. Quien habla como estudiante y él como joven investigador en el Instituto de Estudios Políticos. Allí lo vi y escuché, compartir pausa y charla con Stambouli, Rey, Urbaneja, Leu, Dietman y, de otros institutos, recuerdo a Hallström y a Pérez Perdomo. Este, su colega y amigo, ha escrito para la UNIMET una *Nota para una biografía intelectual* de Njaim, cuya línea de cierre subrayo: "...puede decirse que Humberto Njaim cumplió su misión y, parafraseándolo, lo hizo con rigor, dignidad y elegancia".

Sus comienzos fueron allí, en el círculo intelectual formado alrededor de Manuel García Pelayo. Ese *scholar* inagotable. La Fundación Manuel García Pelayo, promovida por su viuda, la Profesora Graciela Soriano y por Humberto Njaim, trajina con gran mérito por mantener vivo aquel espíritu de trabajo riguroso y discusión abierta.

Dirigió Njaim el Instituto de Estudios Políticos y el Centro de Estudios para Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Editó la revista *Politeia*. En la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, en cuya fundación contribuyó, enseñó Teoría Política, Teoría de la Organización y Sistema Político Venezolano. Decano de Estudios Jurídicos y Políticos en la Universidad Metropolitana, antes fue Jefe de su Departamento de Estudios Políticos; allí, su enseñanza del Derecho Constitucional se orientó a la comprensión de la relación íntima de lo jurídico con la política, las políticas públicas y el instrumento de ambas, la administración pública.

Su vasta obra escrita en libros personales y colectivos, folletos, artículos académicos y de opinión, abarca la Politología y el Derecho, siempre vinculándolo con la sociología y la economía. De libros, folletos y artículos científicos, Pérez Perdomo cuenta más de setenta títulos.

Institucionalista vocacional e irreductible, Njaim es un celoso defensor de lo público. Se evidencia en su vasta producción intelectual y es dato fundamental de su obra seminal *La corrupción, un problema de Estado*⁵. En ese libro leemos lo que es la almendra de su visión del problema, en estos años agravado hasta niveles para los cuales cualquier adjetivo es insuficiente,

La corrupción, en efecto, es una tendencia de privatización de lo público o de impedir que éste siquiera se constituya, de que no exista una verdadera república...

El corrupto y la acción corrupta se apropian indebidamente de lo que es de todos, privatizan lo público. El patrimonio público, los bienes y el espacio público, las normas constitucionales y legales, el poder público. En esto es firme, sin dogmatismo, pues en seguida, advierte acerca de los riesgos del extremo rigorismo, a veces cómplice involuntario del mal que quiere combatir, y de su fácil devenir en un cinismo pragmático, o su suave deslizamiento a la hipocresía.

Como reservado y estoico me ha definido a Njaim un discípulo suyo, mi hijo Guillermo Tell. El estoicismo, se sabe, es una concepción ética. Su austeridad, percibí, rondaba lo ascético. Ajeno a todo lujo, parecía ver los placeres mundanos con distancia e incluso con displicencia. Comía frugal y sanamente, hábito que respeto e incluso puedo admirar, pero que jamás imitaría libre de coacción o apremio. Practicaba el Tai-chi. Hacía ejercicios de meditación en su oficina. Le interesaban los místicos orientales y los filósofos trascendentalistas. Era inconforme con la evolución de Occidente. Acaso eco del idealismo primero del estudiante católico que leyó con entusiasmo el pensamiento personalista.

Nacido en Macuto, frente al paisaje que pintó con luz cegadora Reverón, Njaim disfrutaba mucho del mar especialmente en Margarita, sumergido en los azules de Vásquez Brito. Allí nos encontramos una vez en la bahía de Juan Griego. A orillas del mar, se le veía expansivo, ligero, a este hombre de carácter a veces inescrutable.

⁵ Njaim, Humberto.: *La corrupción, un problema de Estado*. UCV Dirección de Cultura. Caracas, 1995.

Se abría, ciertamente, con su esposa, la Luz que iluminó su vida. Con Luz Carrero, devota de la Virgen del Valle, y a cuyos cuidados Njaim se dedicó devotamente, formó una familia. Sus hijos Lucía, María José y Humberto José y sus nietos, llevan consigo su legado de honradez y compromiso.

EL SENADO, AL SERVICIO DEL EQUILIBRIO

El trabajo de incorporación que he presentado, cuyas conclusiones ofreceré resumidas esta mañana, continúa el desarrollo de mi línea de investigación de muchos años. Revisa la experiencia comparada en lo político y lo constitucional de la institución del Senado, así como expone su utilidad para la democracia en Venezuela.

Con patriótica insistencia, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el conjunto de las Academias Nacionales se han pronunciado acerca de la evidente gravedad de la situación de nuestro país y denunciado, con la misma alarma que siente la mayoría de la ciudadanía, su deterioro creciente en perjuicio de la convivencia social y la legítima aspiración de progreso con equidad, porque las instituciones republicanas se desmantelan, los derechos van perdiendo vigencia real, el trabajo se desvaloriza, la economía se arruina, la sociedad se empobrece en todos los órdenes y al final, la paz se amenaza.

En la señalada ocasión del Centenario de esta corporación, nuestro Decano, el Doctor Morles Hernández expresó una conclusión dura, para nada temeraria: “En el país dejó de existir el estado de derecho”. Esa ausencia castiga cada manifestación de la vida civil, desde la política hasta la más elemental cotidianidad e incluso la supervivencia.

Las Academias leen atentas la realidad venezolana. Como tribunas responsables del pensamiento nacional, junto a la crítica razonada han presentado opciones de política pública orientadas a realizar los principios fundamentales de la Constitución, en consonancia con la aspiración histórica de libertad para vivir y progresar en paz del pueblo venezolano.

El colofón de tal diagnóstico es que en Venezuela es necesario cambiar, tanto la noción de poder como las prácticas de poder imperantes, y que esa transformación es urgente. Para quienes creemos en el

Derecho como orden de la justicia y en el bien común como razón de ser de la política, es deber ineludible procurar que ese cambio necesario y urgente, tenga fundamento en el respeto a la dignidad de la persona y ocurra del modo que más sufrimientos ahorre a los venezolanos.

Nuestra Constitución expresa valores, recoge anhelos y propone una organización estatal que son queridos por nuestro pueblo. Esa verdad constatable refuerza su significación a la hora de emprender la reconstrucción de la comunidad política nacional. Porque la política sirve a todos, o no sirve. Que el atajo de la imposición no lleva a resultados positivos y perdurables, es letra que hemos aprendido con sangre.

Por lo mismo, se constata que el valor de esa Constitución ha sido muy golpeado, no solo por la *inveterata consuetudo* de nuestra tendencia natural a la discrecionalidad, sino sobre todo por los embates, sean sofisticados o brutales con los que desde el poder le han embestido quienes juraron cumplirla y hacerla cumplir.

El Estado democrático, descentralizado, comprometido con los Derechos Humanos y con “la promoción de la prosperidad y el bienestar del pueblo” sigue siendo una asignatura pendiente. Cambiar las cosas para dirigir los pasos de la sociedad hacia esos objetivos, exige evaluar qué pasó con rigor, más allá de la consigna o el prejuicio, y pensar en cómo corregirlo. Que nuestras preocupaciones sean hoy las de la víspera no implica que podamos olvidarnos de las del día siguiente.

¿Cómo la organización del poder puede ayudar a que éste funcione al servicio del bien común y, al mismo tiempo, a que su ejercicio sea controlado, de modo que no se desvíe ni se lo apropien sus detentadores?

Las preguntas acerca de qué ha fallado y cómo enderezarlo deben formularse, al menos, con relación a las previsiones de protección de la Constitución, a la defensa de los derechos humanos, a la administración de justicia, al control fiscal, al funcionamiento del Ejecutivo, a las relaciones del Poder Nacional con los estados y municipios, al sistema monetario nacional, a la Fuerza Armada Nacional.

Este trabajo intenta ser una modesta contribución a ese debate en lo correspondiente al Poder Legislativo Nacional, cuyas funciones de representación, legislación y control, por su impacto en el conjunto, necesita el sistema que sean desempeñadas a cabalidad, en beneficio del

interés de los ciudadanos. En este caso, está enfocado a la pertinencia de la segunda Cámara para la democracia venezolana.

El aporte que intento, lo presento en el área que ha sido principal en mi desempeño personal y profesional, tanto en la política activa como en la vida intelectual y universitaria.

El trabajo se compone de tres partes. La primera, introductoria, se refiere a las implicaciones del cambio político, se asoma al antecedente original del Senado romano y analiza las razones del Parlamento bicameral.

La segunda, en el campo de la política y el Derecho comparados, se dedica a las experiencias históricas de Cámaras altas en Estados federales, como los Estados Unidos, la República Federal Alemana y los casos de Canadá, Bélgica, Austria, Australia y Suiza; en Estados unitarios, cada vez más descentralizados, como Francia, Italia y España en Europa, y Chile, Uruguay y Colombia en nuestra región; en grandes democracias asiáticas como India y Japón; en transiciones políticas a la democracia, desde el socialismo real en Polonia o desde el régimen de *apartheid* en Sud África; y, por la singularidad de cada uno, el Senado funcional irlandés inspirado en la doctrina de “Mutua colaboración de las profesiones” de *Quadragesimo Anno*, y la Cámara de los Loes del Reino Unido, en la partida de nacimiento del Parlamento bicameral.

La tercera, lógicamente, está dedicada a Venezuela. Comprende el Senado en nuestra tradición constitucional de 1811 a 1999, así como la propuesta de un bicameralismo con funciones diferenciadas, cuyas características fundamentales planteo, al servicio de una renovada democracia venezolana. Y al final, naturalmente, las conclusiones que del estudio he podido sacar con miras a su utilidad práctica.

Senado, *senatus*, viene de *senex*, anciano⁶. En la psicología analítica, Jung remite a la representación colectiva del viejo mago en las sociedades primitivas; el *senex* es el arquetipo del anciano sabio “que ilumina con la luz del sentido las caóticas oscuridades de la vida pura y

⁶ Etimología. Del latín *senator- senatoris* “miembro del Senado” voz creada por analogía de *dictator; orator* etc sin que existiera la raíz verbal correspondiente. Proviene de la palabra *senex-senexis* “anciano”. Ver Couture, Eduardo J.: *Vocabulario Jurídico*. Depalma. Buenos Aires, 1976.

simple”⁷. Los romanos ya no son una sociedad primitiva, pero por las rutas ancestrales les viene esa noción. Y esa sabiduría iluminadora se encarna en un cuerpo colegiado.

Es verdad que él no se había ejercitado en las pesas ni en los saltos, ni se había destacado en el uso de las lanzas ni de las espadas, pero sí lo hizo en el consejo, en el razonamiento y en el juicio. Estas cualidades, si no hubieran sido propias de nuestros mayores, los ancianos, no hubieran fijado el Senado como Sumo Consejo.

Son palabras de Marco Tulio Cicerón, senador de la República romana. Las dejó en *De senectute*⁸ una defensa de la vejez, edad de la cual es propia la prudencia, como la osadía en la juventud. Tiempo vital del “Trabajo que no se realiza con la fuerza, velocidad o con la agilidad del cuerpo, sino con el conocimiento, la competencia y la autoridad”.

En este recorrido analítico por el Senado, es cierto que se nos hace visible su conveniencia en los Estados federales como Cámara territorial, para contribuir a dar forma a ese modelo siempre complejo cuyas exigencias pueden ser tantas pero, sobre todo, se nos pone de presente su valor principal que trasciende a la forma de Estado. El Senado está llamado a ser, por excelencia, la Cámara del equilibrio. Del equilibrio entre el interés del Estado nacional y los intereses de los estados fedrados en un sistema federal, y del equilibrio en su sentido más amplio, tanto institucional como político-social.

Trátese de un Estado federal como de uno unitario, el equilibrio de la madurez. Una madurez que se nutre de la experiencia y se expresa en la serenidad y en la prudencia, que proveen disposición a la negociación y capacidad para realizarla.

El argumento se aprecia en toda su fuerza en aquella conversación entre Jefferson y Washington que sería oportuno destacar. En 1789, cuando al regresar el intelectual de su misión diplomática en Francia para ser Secretario de Estado, desayunando con el héroe

⁷ Jung, Carl Gustav.: *Arquetipos e inconsciente colectivo*. Paidós Psicología Profunda. Barcelona-Buenos Aires-México, 1970. www.formarse.com.arg

⁸ Marco Tulio Cicerón.: *Sobre la Vejez* (Traducción Rosario Delicado Méndez) P.M.T. Editorial Tal-vez. Madrid, 2005.

y primer Presidente, le expresó su curiosidad acerca del motivo para que se hubiese creado una segunda Cámara en el Congreso.

Washington apuntó al café de Jefferson “¿Por qué –preguntó- vertiste ese café en ese platillo?”

“Para refrescarlo” respondió Jefferson.

“Así –dijo Washington- vertemos la legislación en el platillo senatorial para refrescarla”⁹

Nacido para atemperarla y, de ser posible, evitarla, porque se reconocen sus riesgos, el enemigo más temido por una Cámara de reflexión es la polarización extrema, la crispación que adormece la capacidad de escuchar el razonamiento ajeno. Como se ha dicho en la doctrina francesa, se busca que la razón prevalezca sobre la pasión e incluso la reflexión sobre la acción inmediata. La razón que puede ser, como en Mileto, un acto de fe, pero la humanidad no puede permitirse renunciar al sueño de la razón.¹⁰

El estudio de los casos nos enseña que el endurecimiento de las posiciones, el atrincheramiento en prejuicios mineralizados, dificulta al Senado hacer su tarea, cumplir su propósito en el sistema político-constitucional. Según Crick, los representantes deben ser políticos y si se limitan a defender la visión de sus electores o exclusivamente de un sector de la opinión y no median, ni ceden, ni son capaces de ponerse de acuerdo “podrían sobrevivir ellos, pero es improbable que la República lo haga”.¹¹

Porque el Senado forma parte de un sistema político-constitucional a cuyos resultados contribuye. No es una pieza suelta que actúa por sí sola. Ni puede concebirse como una suerte de parche con efectos mágicos. Su rendimiento será mejor en la medida en que el Parlamento opere adecuadamente; el Gobierno gobierne; el Poder Judicial administre justicia con independencia e idoneidad; todos los controles sean funcionales y acatados, incluidos aquellos de defensa de la Constitución

⁹ Daschle, Tom y Robbins, Charles.: *The U.S. Senate*. Thomas Dunn Books. New York, 2013.

¹⁰ Gottlieb, Anthony.: *The Dream of Reason*. Pelican. London, 2000.

¹¹ Crick, Bernard.: *In Defense of Politics*. Penguin. London, 1976.

y protección y promoción de los Derechos Humanos. En ese conjunto coopera el Senado y de él se retroalimenta para fortalecerse. “Porque un Parlamento fuerte, democrático debe tener un Estado efectivo en el cual operar”, como apunta Marr, “La palanca debe estar conectada a algo”.¹²

Que lo que se acaba de afirmar son obviedades, se me podrá decir. Y lo son. También que nunca serán perfectos diseño institucional y desempeño político. Perfectibles sí. E ir mejorándolos es la obra de la política y el derecho.

La independencia del Senado será un factor condicionante con influencia en los resultados esperados, no porque sea esperable una desconexión radical con el sistema de partidos, imposible por su origen electoral y ni siquiera deseable. Pero en la experiencia comparada, existen medios para conseguir que esa independencia buscada pueda darse en las dosis necesarias. La actitud más independiente de sus miembros será favorecida por los períodos más prolongados, las renovaciones parciales y un número de miembros más reducido que al acercar, facilite la relación interpersonal.

En ese sentido, la presencia de miembros designados ha sido un factor cuyo estudio merece atención. Desaparecido o en trance de desaparición el factor hereditario de la Cámara de los Lores británica, en sus miembros de por vida va predominando un factor meritocrático cuya incidencia no debería ser ignorada en un análisis riguroso. Ideas similares podrían suscitar las revisiones de la experiencia canadiense, o el ingrediente de los senadores vitalicios italianos.

La historia nos presenta papeles cumplidos por los Senados en circunstancias concretas.

Requirió mucho arte político reconstruir Alemania, Italia y el Japón sobre bases democráticas, lo cual era prácticamente inédito en el caso de éste último, si se exceptúa la liberalización de la denominada “Democracia de Taisho”¹³, entre 1912 y 1926.

El arreglo constitucional alrededor del *Bundesrat* en la Alemania ocupada, fragmentada y con el Estado deshecho, incidió positivamente en la recomposición. En Italia, a favor del Senado de la República obró

¹² Marr, Andrew.: *Ruling Britannia. The failure and future of British Democracy*. Michael Joseph. London, 1995.

¹³ *Taisho Democracy in Japan: 1912-1926* en www.facinghistory.org

la memoria del equilibrio que en el Reino había sido provisto por el Senado del Estatuto Albertino de mediados del XIX. En Japón, fueron los japoneses quienes convencieron al ocupante del bicameralismo y se reemplazó la antigua Cámara de los Pares aristocrática por una de los Consejeros elegida, con miras a equilibrar el sistema que se fundaba.

Lo propio podría decirse de transiciones políticas a la democracia a finales del siglo XX. En la “Transición por transacción” española, el Senado constituyente tuvo la presencia de senadores por designación real, con efecto tranquilizador en factores con peso en el orden saliente, como los grupos más conservadores y los militares. Las Cortes unicamerales del período franquista aprobaron la reforma política que hizo bicameral el Parlamento que diseñaría y escenificaría las reglas para el cambio, y con dos Cámaras, Congreso y Senado, quedó organizado el Poder Legislativo en la Constitución de 1978, sin regresar al unicameral de la Segunda República que era el recuerdo democrático más cercano.

En Polonia, el paso de la dictadura del Partido Comunista a la democracia, tuvo en el restablecimiento del Senado una pieza de negociación importante, como en África del Sur se valora el Consejo Nacional de las Provincias como elemento de utilidad para la sustitución menos traumática del orden fundado en el *apartheid*. Y en Chile, tragarón los demócratas el Senado mixto para reformarlo más tarde en uno democrático, pensando en el peso tradicional que la institución ha tenido en la República. Porque en toda transición exitosa, la flexibilidad es un requerimiento.

En todos estos casos triunfó la política, en el sentido que pudo demostrar lo mejor de sus cualidades para encontrar caminos prácticos, ofrecer soluciones. Así ha sido, también, para poner fin a la violencia política.

Es aprendizaje además que las segundas Cámaras pueden ser muy útiles no sólo en el gobierno de Estados de grandes dimensiones, sino en sociedades cuya complejidad supera el promedio y aconseja previsiones constitucionales al efecto. El ejemplo es evidente en el caso de la India gigantesca y plural o del Canadá, pero el tamaño de Bélgica y Suiza no disminuye sus exigentes diversidades.

Es un lugar común asociar al Senado con la preservación del *status quo*. El razonamiento que de asumirlo se desprende es que los Senados

son conservadores. Hay buena dosis de prejuicio en esa visión. Si no, ¿cómo se explicarían los enfrentamientos del Senado francés con De Gaulle? Y en el caso del Senado estadounidense por mucho tiempo, los períodos más largos, las renovaciones parciales y la circunscripción estatal de los senadores, resultó en una independencia de criterio que si se compara a esa Cámara con la de Representantes, renovable totalmente cada dos años y por lo mismo más dependiente de los vaivenes de la opinión pública, se la verá en perspectiva más liberal o, en todo caso, más moderada. Eso ha cambiado, en perjuicio del Senado y del sistema, por cierto, en los tiempos de sectarismo partidista que se han ido desarrollando desde los años noventa del siglo XX.

Es imperativo que las democracias piensen más en el largo plazo. La presión de las elecciones, necesario ejercicio ciudadano de vigilancia sobre el poder, implica el riesgo de quedarse atrapados en el cortoplacismo. Pensar en términos históricos aconseja Dror como remedio a debilidades de difícil manejo y más difícil superación, para evitar dice “la peligrosa tendencia de fijar su atención en temas actuales y eludir cuestiones más lejanas pero, con frecuencia, más fundamentales”.¹⁴

El Senado se justifica plenamente en la realización de un papel en el sistema político-constitucional, uno que tiene prioridad ante otros que pueden ser muy importantes y cuyo sentido debería impregnar sus decisiones en cada materia. Ser, como ha dicho Bel¹⁵, una asamblea del largo plazo. El foro de una deliberación de calidad que se atreve a traspasar los linderos partidistas, que acepta el desafío de las decisiones públicas más costosas porque es capaz de tomar en consideración otros criterios, pues sus elementos de juicio no se agotan en la lógica, inevitable pero insuficiente, de las preferencias partidarias.

VALORAR LA EXPERIENCIA

Creo firmemente que los venezolanos no podemos seguir de espaldas a nuestra experiencia. Adelante está el foco de atención prioritario si queremos avanzar, pero mirar adelante no es lo mismo que

¹⁴ Dror, Yehezkel.: *La capacidad de gobernar*. Fondo de Cultura Económica. México, 1996.

¹⁵ Bel, Jean Pierre.: *Le Sénat à l'heure du changement: plaidoyer pour bicamérisme rénové*. Fondation Jean Jaurès. Paris, 2011.

empezar de nuevo una y otra vez. Si de algo debemos liberarnos es “de la ignorancia petulante vestida de suficiencia”, que avisa Key-Ayala y recuerda Briceño Iragorry¹⁶. Saber cambiar es decidirse a encontrar el equilibrio dinámico entre continuar e innovar.

Aprender a valorar la experiencia y a aprender a aprovecharla. La experiencia vivida como sociedad y la experiencia acumulada como personas. En resumen, de eso trata este trabajo.

MUCHO QUE AGRADECER

Para llegar a este día he hecho un largo recorrido, durante el cual he ido acumulando deudas que intento saldar con afecto y gratitud. Debo mucho y a muchos.

Gracias a mi familia, a la familia de la que vengo y a la que junto a Amalia he formado.

A mis maestros, los de las aulas y, sobre todo, los de la vida.

A los hombres y mujeres que me han ofrecido el don gratuito de su amistad, en cuya lealtad a toda prueba nunca me han negado la sinceridad.

A la universidad venezolana y, en particular, a la Universidad Metropolitana, por ya dos décadas a la sombra de su samán, y a la Universidad Católica Andrés Bello.

A los larenses que me hicieron tres veces el honor de representarlos en la Cámara de Diputados.

Y a ustedes, señoras y señores académicos, por la generosidad de recibirme.

CORAJE CIVIL

La docencia, la investigación y la escritura han sido llamadas muy poderosas a lo largo de mi vida, pero fundamentalmente, he sido y soy un político, a mucha honra. La política la he vivido, la he sentido, la he estudiado, la he pensado y escrito.

¹⁶ Briceño-Iragorry, Mario.: *Pequeño Tratado de la Presunción*. En *Mensaje sin destino y otros ensayos*. Biblioteca Ayacucho. Caracas, 1988.

Si ser político es un delito, lo he cometido, y no en grado de tentativa ni de frustración. Pero no lo es. Al contrario, es vocación digna para quien tiene la ciudadanía bien puesta.

De la política no soy el primero en llegar aquí, ni seré el último. Son muchos los nombres destacados de distintas épocas políticas venezolanas que han formado parte de esta corporación. Me toca, eso sí, ser de los pocos que, viniendo de ese campo, fueron elegidos sin formar parte del círculo del poder del momento y, al contrario, con posiciones claras y conocidas de crítica y por la construcción de una alternativa al poder imperante. Eso, más que hablar de méritos míos que en otros abundan, habla del coraje civil y la independencia de criterio de esta Academia. Se los reconozco y, como venezolano, se los agradezco.

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN
DEL ACADÉMICO
DR. RAMÓN ESCOVAR LEÓN,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE LA CORPORACIÓN.**

Dr. Ramón Guillermo Aveledo, Individuo de Número Electo.
Presidente y demás miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
Señores Individuos de Número de otras Academias.
Dra. Amalia Teresa Coll León de Aveledo
Señor Guillermo Tell Aveledo, señora Diana Perozo de Aveledo y Clara Aveledo Perozo y demás miembros de la familia Aveledo.
Señores Humberto José, María José y María Lucía Njaim Carrero, y demás miembros la familia Njaim.

Celebramos esta sesión solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para recibir al doctor Ramón Guillermo Aveledo, político, profesor de Derecho Constitucional y autor de una amplia obra ensayística caracterizada por su prosa limpia y directa.

Por una decisión del destino, Ramón Guillermo Aveledo y yo nacimos en la clínica Acosta Ortiz en Barquisimeto en el año 1950 con un mes y cuatro días de diferencia. Nuestra relación, entonces, es de larga data y somos herederos de una amistad que comenzó con nuestros padres y abuelos.

El nuevo académico es profesor en la Universidad Metropolitana y en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Asimismo, ha sido profesor en la Universidad Central de Venezuela, la Universidad Santa María y en el Instituto de Altos Estudios de la Defensa Nacional (IAEDEN). Es, igualmente, expositor en eventos nacionales e internacionales.

El académico que hoy se incorpora ha publicado veintinueve libros y veinticinco monografías en obras colectivas. Al mismo tiempo, ha publicado numerosos artículos de opinión en la prensa nacional. Fue

secretario privado del presidente Luis Herrera Campins (1979-1983), presidente de Venezolana de Televisión (1983-1984), diputado (1989-2000) y presidente de la Cámara de Diputados (1996-1998). Además, ha ejercido otros cargos importantes en la función pública, como miembro de la Comisión Asesora para las Relaciones Exteriores (CARE) y miembro de la COPRE.

Ramón Guillermo Aveledo sustituye al gran constitucionalista y pensador Humberto Njaim en el sillón número 15. Y una interesante coincidencia se concreta el día de hoy: a mí me corresponde dar contestación al discurso de incorporación del nuevo académico: mientras que, a mi padre, Ramón Escovar Salom, le correspondió contestar el discurso de Humberto Njaim, quien precedió en el citado sillón al recipiendario de hoy, lo que significa para mí, además de un honor, un compromiso con la Academia.

Debo destacar la amistad que une a mi familia con la familia de Ramón Guillermo Aveledo. Mi abuelo paterno, Ramón Escovar Alvizu fue buen amigo de Henrique Orozco, abuelo materno del nuevo académico; amistad que se extiende a los biznietos.

Aquí debo hacer una breve referencia a la familia Njaim. Tuve la fortuna de ser amigo entrañable de Humberto Njaim y escribí un artículo que publiqué en el portal web *Prodavinci* para destacar los rasgos de su personalidad. A dicho texto me remito, pero quiero significar algunos que no pueden pasar inadvertidos: su probidad, nivel intelectual, decencia y compromiso con los valores republicanos, la lucha por la libertad y con Venezuela. Rasgos que también destaco en su sucesor: Ramón Guillermo Aveledo.

Pero hay otra coincidencia del destino: Guillermo Tell Aveledo, hijo de Ramón Guillermo es el nuevo decano de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana. Guillermo Tell, egresado de la Universidad Central de Venezuela, es uno de los más agudos politólogos del país, un intelectual de pensamiento propio. Su ensayo titulado “Los fundamentos ideológicos del sistema político chavista”¹, es un trabajo seminal sobre la ideología del chavismo, que tanto

¹ En: *Desarmando el modelo. Las transformaciones del sistema política venezolano desde 1999*. Caracas, Konrad Adenauer Stiftung, 2017, pp.25-51.

dolor ha causado en Venezuela y representa un problema para la comunidad internacional en general, especialmente para Latinoamérica.

EL INTELLECTUAL Y EL POLÍTICO

Al considerar el nombre de Ramón Guillermo Avelo como posible sucesor de Humberto Njaim, los académicos que apoyaron la propuesta ponderaron su nivel intelectual y su condición de político. Esto me llevó a escribir en la página editorial de *El Nacional* un artículo en el cual reflexioné sobre ambas cualidades.

En esa oportunidad, destacué que, cuando Winston Churchill obtuvo el Premio Nobel de Literatura en 1953, algunos intelectuales se sorprendieron y alegraron que el galardonado era un político y no un hombre de letras. Asimismo, afirmaron que la literatura y la política eran asuntos distintos. Sin embargo, en el estadista británico se mezclaban las dos cosas. La Academia sueca para conceder el Nobel decidió sobre la base de sus méritos literarios; el pueblo británico, cuando le daba o negaba el voto, decidía sobre sus habilidades políticas. Churchill supo armonizar su pensamiento con su acción.

En Venezuela hemos tenido numerosos ejemplos de intelectuales en función política: Juan German Roscio, Francisco Javier Yanes, Miguel José Sanz y Tomás Lander, defensores de los valores democráticos de la naciente república. Uno de cuyos valores, el principio de la alternancia en el poder, fue amenazado por la Constitución de Bolivia presentada por Simón Bolívar en 1826, la cual consagraba la presidencia vitalicia y hereditaria. Gracias a la formación intelectual y política de los civiles, el proyecto absolutista fue derrotado, pero paradójicamente reaparece 150 años después con el régimen totalitario que ahora impera en Venezuela. Este proyecto totalitario se ha agravado desde la implantación de la cuestionada asamblea constituyente de 2017.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales fue creada por Ley el 16 de junio de 1915. Luego, el 19 de diciembre de 1916, se designaron los miembros fundadores, y entre quienes destacan reputados políticos de la época como Pedro Manuel Arcaya, José Gil Fortoul y Esteban Gil Borges. El 30 de junio de 1924 se dictó una ley –todavía

vigente— que aumentó el número de académicos de 30 a 35, y se eligió posteriormente en sesión extraordinaria en fecha 25 de marzo de 1925 a Laureano Vallenilla Lanz, una de las inteligencias más penetrantes del gomecismo.

César Zumeta, otro singular intelectual, se incorporó a la Academia Nacional de Historia en 1932. De manera que, en esta primera etapa, la Academia se nutrió de intelectuales que ejercían la política durante el gomecismo.

Posteriormente, ingresaron Arturo Uslar Pietri y Tulio Chiossone, quienes fueron ministros de Relaciones Interiores durante el gobierno de Isaías Medina. También Luis Felipe Urbaneja, ministro de Justicia en el gobierno de Marcos Pérez Jiménez, fue miembro de la Academia.

Durante la vida de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales han brillado figuras que han desarrollado vida política, como el mencionado Arturo Uslar Pietri o Rafael Caldera, poseedores también de una importante obra escrita.

En la Academia Nacional de la Historia se pueden mencionar a Ramón J. Velásquez y a Manuel Caballero. Y en la Academia Nacional de la Lengua vale la pena recordar a Miguel Otero Silva y a José Ramón Medina.

Recientemente, el académico Guillermo Gorrín, quien hoy ocupa el sillón número 20 en esta Corporación, al suceder al doctor Enrique Tejera París, destacó la relevante carrera política del académico Tejera, lo que constituye otro ejemplo de académicos que han desarrollado carrera política a la par de intensa actividad intelectual.

A este grupo de políticos académicos se pueden agregar los nombres de Tomás Enrique Carrillo-Batalla y Ramón Escovar Salom. Igualmente, al profesor Allan Brewer-Carías que tuvo una presencia importante en el proceso constituyente de 1999, al resultar electo como constituyente con una alta votación.

Actualmente, el académico Román José Duque Corredor, quien ha desarrollado una brillante carrera académica y judicial, realiza una vigorosa actividad política, al punto de que algunos lo consideran como nombre idóneo por su nivel intelectual y experiencia política en una etapa de transición a la democracia.

Muy al contrario de lo que nos cuenta esta breve historia de las academias y de la historia nacional, la participación política en los últimos años ha estado dominada mayoritariamente por los pragmáticos sin obra escrita que permita conocer su pensamiento. Estamos en el tiempo del frívolo y del pragmatismo efectista y de los dogmas ideológicos con sus letales efectos. Ha habido casos aislados, pero no es la regla común.

Es dentro de este contexto que debe verse la elección de Ramón Guillermo Avelado como miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales para suceder al sabio Humberto Njaim. Se trata de un intelectual y profesor universitario que ha ejercido la actividad política con probidad. Su obra escrita consta de ocho libros sobre ciencias políticas, ocho de Derecho e historia parlamentaria, dos de política económica, cuatro biografías, una de ellas titulada *Churchill. Vida Parlamentaria*, dos de crónicas, veintiséis trabajos monográficos, aproximadamente diez mil artículos de opinión y treinta prólogos. Estamos en presencia de un político con amplia actividad intelectual.

EL PAPEL DEL POLÍTICO-INTELECTUAL EN LA VIDA DEMOCRÁTICA

La estabilidad de la democracia venezolana se debió al Pacto de *Puntofijo*, suscrito por Rómulo Betancourt, Rafael Caldera y Jóvito Villalba. Los tres fueron hombres de acción y de pensamiento. Betancourt escribió *Venezuela, Política y Petróleo* obra fundamental que es al siglo XX, lo que fue la *Autobiografía de José Antonio Páez* al siglo XIX. Rafael Caldera escribió el *Derecho del Trabajo* en 1939, su tesis doctoral, que constituye un hito en los estudios sobre Derecho del Trabajo venezolano y aún mantiene vigencia a pesar de los demoledores efectos del actual régimen. Jóvito Villalba fue profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Central de Venezuela y profesor de varios académicos (fallecidos) como José Mélich Orsini, Gustavo Planchart Manrique, Ramón Escovar Salom, entre otros.

En esta lista de importantes políticos que se destacaron como intelectuales y pensadores, cabe mencionar a Teodoro Petkoff fallecido el pasado 31 de octubre. Petkoff dejó una importante obra escrita en

la cual destaca *Checoslovaquia. El socialismo como problema*, publicada en 1968 luego de la invasión soviética a Checoslovaquia, lo que constituyó un golpe noble a los cimientos del comunismo soviético. A partir de este momento, Petkoff se convirtió en un defensor de los valores de la democracia y de la libertad.

El Ejército Rojo abatió la expresión de libertad que simbolizó la denominada “Primavera de Praga”. La magnitud imaginaria que representó en el colectivo mundial esta invasión fue la materia prima que permitió a Petkoff escribir este ensayo canónico en el que demuestra los desvíos del comunismo soviético y la necesidad de romper con ese esquema. Esto constituye otro ejemplo del peso que pueden tener los intelectuales en la lucha política

Ramón Guillermo Avelledo es, al igual que los líderes de la república civil mencionados, un intelectual que ha desarrollado una intensa carrera política. Su incorporación a esta Corporación viene a engrosar la lista de políticos con actividad intelectual en las ciencias que a esta Academia corresponde impulsar.

EL TRABAJO DE INCORPORACIÓN

El título del trabajo de incorporación presentado por el nuevo académico es *El Senado. Experiencia comparada y utilidad para la democracia en Venezuela*. Este estudio constituye un aporte del autor que condensa en él su formación teórica en materia de Derecho Parlamentario con su larga experiencia como miembro del Congreso de la República.

Sus aportes teóricos nacen de los conceptos plasmados a lo largo de su obra escrita, en la cual cabe mencionar su *Curso de derecho parlamentario*; sus aportes prácticos se apoyan en su dilatada vida parlamentaria, en la cual destaca como subjefe de la fracción parlamentaria del partido Copei (1992), luego jefe de dicha fracción (1993-1996); y, posteriormente, presidente de la Cámara de Diputados en el período 1996-1997. Estamos en presencia de un parlamentario de vasta trayectoria, lo que imprime a su trabajo un valor que solo lo proporciona la experiencia; esa experiencia que Oliver Wendell Holmes señalaba

como esencial, cuando dijo: “el mundo del derecho no es la lógica, es la experiencia”:

El autor exhibe un estilo claro y limpio en el manejo de las preposiciones y los adjetivos. Manejar bien el uso de los adjetivos es una habilidad de los buenos escritores. El nuevo académico es un buen ejemplo del escritor que respeta la técnica del adjetivo: solo usarlo cuando añade, cuando le da fuerza al sustantivo. Así lo hace Aveledo.

El núcleo del trabajo consiste en resaltar las bondades democráticas del bicameralismo. En este esquema resalta el sentido de equilibrio del Senado, así como los resultados que arroja en las democracias occidentales, como las de Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Francia, Holanda. Bélgica, México, Colombia, los países del Caribe. Lo mismo ocurre en Asia con Japón, India, Pakistán, Indonesia, Filipinas, Malasia y Tailandia. Hay, entonces, un predominio del sistema bicameral, y esto sirve como referencia comparada al estudio del bicameralismo.

No obstante, hay democracias avanzadas, como las escandinavas, la israelita y la de Costa Rica que acogen el parlamento de una sola cámara, pero esto corresponde a su tradición y a su idiosincrasia política.

En el caso venezolano, el bicameralismo había sido dominante con buenos resultados, como quedó demostrado con la experiencia de la democracia. En efecto, el sistema regulado en la Constitución de 1961 permitió el balance político. Si a esto se añade el Pacto de *Puntofijo*, tenemos un sistema político que funcionó y contribuyó a preservar la democracia de las amenazas de los extremismos de izquierda y de derecha. De no haber sido por este balance, los líderes del *puntofijismo*, encabezados por Rómulo Betancourt, no habrían podido vencer la permanente amenaza de Fidel Castro contra nuestra naciente democracia.

El bicameralismo permitió, además, acentuar el balance de poderes y ponderar el debate político. Los discursos incendiarios se hacían en la Cámara de Diputados; en el Senado el discurso era más sereno y reposado, lo que permitía fraguar decisiones equilibradas.

Entre las numerosas reflexiones que plantea el nuevo académico hay dos que debo destacar. La primera es la referida a la justicia constitucional; la segunda, devolver la facultad de los ascensos militares al Senado, como consecuencia del regreso al bicameralismo, tal como ocurría en la Constitución de 1961.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La justicia constitucional ha fracasado en Venezuela porque la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia está en manos de personas incondicionales del proyecto chavista. Con la excepción del magistrado Pedro Rondón Haaz, esta Sala ha sido el sostén constitucional de la revolución bolivariana. Es un hecho fuera de discusión el pobre y peligroso resultado de la jurisprudencia de esta Sala tan marcada por las decisiones políticas. Buen ejemplo de ello es la decisión número 156 del 29 de marzo de 2017 que disolvió la Asamblea Nacional, al tiempo que la Sala se atribuyó las facultades constitucionales de dicha Asamblea. Esta sentencia produjo una reacción internacional que obligó a los magistrados de la Sala a dar marcha atrás y a los tres días dejarla sin efectos por medio de una aclaratoria. Pero quedó evidenciado que la Sala Constitucional se había convertido, como lo apunta el nuevo académico, en la primera infractora de la Constitución.

La comparación entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano con la de la Sala Constitucional venezolana nos permite medir el grado de democracia de ambos países. Mientras la jurisprudencia colombiana se encuentra a la vanguardia de América Latina, la venezolana es la más atrasada y, sobre todo, es un buen ejemplo de lo que significa una “justicia” constitucional al servicio de un proyecto ideológico, que ha vaciado de contenido los derechos fundamentales consagrados en el texto fundamental, así como los valores democráticos de libertad, igualdad y elecciones libres. La diferencia está en que mientras en Colombia se elige entre juristas con credenciales, en la revolución bolivariana se escoge a los adeptos más radicales del proyecto del “socialismo del siglo XXI”.

Son muchas las sentencias que escapan a las dimensiones de este discurso que demuestran el fracaso de esta Sala. Simplemente debe decirse que la jurisprudencia constitucional chavista ha estado dirigida a restringir derechos ciudadanos, como la libertad de expresión, en lugar de expandirlos con base en el principio de la progresividad, como ocurre con el Tribunal Constitucional colombiano, por ejemplo.

LOS ASCENSOS MILITARES

El nuevo académico propone rescatar al Senado a través del regreso al bicameralismo. De las atribuciones de esta cámara voy a referirme al importante asunto de los ascensos militares. Se trata de un tema fundamental que está relacionado con la politización de la Fuerza Armada y la militarización de la política.

Los ascensos militares deben pasar por el control parlamentario, por las manos del poder civil, para evitar que se politice el ascenso y lograr así que este responda únicamente a méritos profesionales, tal como estaba regulado en la Constitución de 1961. El buen manejo de este asunto permitió vivir cuarenta años de democracia, al tiempo que se corresponde con una tradición que nace en 1819², cuya naturaleza es universal: el poder militar debe estar sometido al control del poder civil, y no al revés.

Pese a la buena experiencia vivida en la Constitución de 1961, la constitución de 1999, con su marcado acento militarista, introduce el artículo 331 que atribuye la política de ascensos exclusivamente a la Fuerza Armada Nacional. De esa manera, el presidente, como comandante en jefe de la Fuerza Armada, tiene una voz casi única en esta materia, fuera del control parlamentario.

Como dato notable, Aveledo se refiere en su trabajo a las opiniones de Fabricio Ojeda, prócer de la “revolución bolivariana”, cuyos restos reposan en el Panteón Nacional al lado de los héroes del país. Para este militante revolucionario –según lo comenta atinadamente Aveledo– los ascensos militares “desde el grado de Coronel y Capitán de Navío” deben corresponder al Senado. Pese a la opinión del parlamentario devenido en guerrillero, el militarismo se apartó de la tradición y atribuyó esta facultad al Ejecutivo, como con todo detalle lo explica el autor.

Aquí cabe preguntar: ¿por qué esta diferencia entre la opinión de Ojeda y la de Hugo Chávez? La respuesta es sencilla: Ojeda, por ser civil, veía el asunto desde su óptica; en cambio, Chávez, como militar, lo veía desde la perspectiva del militarismo, en atención al plan que

² “Solo abolida [apunta el autor] por la segunda constitución castrista de 1904 y restablecida por la gomecista de 1914”.

siempre estuvo presente: convertir a Venezuela en un país socialista calcado del fracasado modelo cubano.

La conclusión es que los ascensos militares son potestad del Senado para de esa manera mantener nuestra tradición constitucional, y evitar corrupciones y clientelismo.

EL SENADOR VITALICIO

Vale la pena destacar la creación de la figura del senador vitalicio. El autor señala que la disposición está inspirada en la constitución italiana. Posiblemente, la figura del senador vitalicio obedeció a una suerte de reparación con la figura histórica del general Eleazar López Contreras, en vista de que fue víctima de una de las primeras medidas de la Junta de Gobierno que surgió del golpe de Estado del 18 de octubre de 1945. Esta medida fue la creación de un Jurado de Responsabilidad Civil y Administrativa, supuestamente diseñado para combatir la corrupción, pero que se usó, más bien, para perseguir a los generales Eleazar López Contreras, Isaías Medina, y demás rivales políticos de los adecos, como Arturo Uslar Pietri, por ejemplo³.

López Contreras aflojó las amarras del gomecismo, permitió progresivamente la discrepancia política y, luego de la multitudinaria marcha del 14 de febrero de 1936, encabezada por el Rector de la Universidad Central de Venezuela, Francisco Antonio Rísquez y Jóvito Villalba, dio muestras de amplitud. El general de “tres soles” atendió a los manifestantes, sustituyó a los gomecistas e inicio un inapelable proceso de apertura política, al amparo de su lema “calma y cordura”. López Contreras sucedió a Gómez de acuerdo con la Constitución gomecista de 1931, que fue reformada en 1936, la cual rebajó el periodo presidencial de 7 a 5 años. López se sometió al periodo más corto.

A lo anterior se añade su gesto histórico y moral de haber recibido en el año 1939 a los 251 judíos que llegaron a Venezuela –huyendo del nazismo– en los buques Caribia y Königstein. Aquí cabe preguntar:

³ Véase mi artículo: el 18 de octubre. En: prodavinci.com/el-18-de-octubre/ [Disponible, 31.10.2018].

¿cómo se puede justificar que un hombre de ese reconocimiento histórico pueda haber sido expulsado y perseguido en su país? Esto queda como una acusación indeleble, nunca explicada satisfactoriamente, contra el llamado “trienio”. Tal vez por esto, y a título de desagravio, luego de la Constitución de 1961 que consagró la figura del senador vitalicio, se incorporó al general de “tres soles” al senado en la señalada condición.

López Contreras hizo uso de su condición de senador vitalicio en marzo de 1968 para, con su voto decisivo, decidir la presidencia del Senado en favor de Armando Vegas, quien fue el candidato de una coalición opositora para oponerse al candidato de Acción Democrática. Esta circunstancia es explicada por el nuevo académico. El espigado general aprovechó su oportunidad para recordarle a los adecos —con su voto como senador vitalicio— lo que injustamente le habían hecho en 1945.

En todo caso, la figura del senador vitalicio fue una experiencia de nuestra democracia, que queda para la discusión.

CONCLUSIÓN

Como queda visto, el trabajo que presentó el recipiendario conjuga la historia constitucional de Venezuela, derecho parlamentario y análisis político a partir del dominio de la doctrina nacional y extranjera, a lo cual se añade la amplia experiencia del autor. Es una valiosa contribución a la bibliografía venezolana sobre la materia.

BIENVENIDA

Recibe hoy la Academia a un intelectual y político caracterizado por su probidad, valores familiares y republicanos y comprometido con la tolerancia en la política y con Venezuela.

El académico que hoy se sustituye y el que hoy se incorpora son ejemplos de la intelectualidad que constituye el soporte de la república civil. Para que esta exista, se requiere de republicanos. El republicano debe ser formado intelectual y éticamente, como Humberto Njaim y Ramón Guillermo Avelado.

Doctor Ramón Guillermo Aveledo, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales lo recibe hoy en su seno con la seguridad de que su talento seguirá enriqueciendo el derecho constitucional y las ciencias políticas tal como lo hizo su predecesor, Humberto Njaim.

Desde el púlpito de Santo Tomás, le doy la bienvenida a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO N° 44 EN EL MARCO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DE EMERGENCIA ECONÓMICA MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE UN RÉGIMEN ESPECIAL TRANSITORIO PARA LA GESTIÓN OPERATIVA Y ADMINISTRATIVA DE LA INDUSTRIA PETROLERA NACIONAL. DR. RAFAEL BADELL MADRID* .

SUMARIO

I. Presentación II. La actividad petrolera y la administración de la industria petrolera En la Constitución de Venezuela 1. Su regulación es materia de la reserva legal 2. La legislación presidencial (los decretos ley) 2.1. Decretos leyes previa ley habilitante 2.2. Decretos leyes durante un estado de excepción 2.3. Las funciones legislativas por parte de la Asamblea Nacional Constituyente 3. Competencias de Petróleos de Venezuela (PDVSA) III. Del Decreto N° 44 sobre el régimen especial y transitorio de la industria petrolera nacional 1. Fundamentación 2. La fundamentación del Decreto revela que es un acto de rango sublegal 3. El Decreto de Emergencia Económica no habilita para dictar medidas en materia monetaria y es además un acto nulo de nulidad absoluta 4. El régimen de contrataciones públicas contenido en el Decreto con fundamento en la "Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes" IV. Inconstitucionalidad del Decreto 1. Inconstitucionalidad por violación del principio de reserva legal 2. Inconstitucionalidad por usurpación de funciones propias de la Asamblea Nacional 3. Inconstitucionalidad por violación del principio de separación de poderes 4. Inconstitucionalidad por violación de las competencias de PDVSA V. Conclusiones

* Doctor en Derecho. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (pregrado, postgrado y doctorado). Andrés Bello Fellowship en la Universidad de Oxford durante el año académico 1998-1999. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford durante el año académico 2006-2007. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau 1986. Foreign Legal Consultant, admitido por el Florida State Bar.

I. PRESENTACIÓN

En fecha 12 de abril de 2018, fue publicado en Gaceta Oficial N° 41.376, Decreto N° 3.368, mediante el cual el Presidente de la República dictó “*Decreto N° 44 en el Marco del Estado de Excepción y de Emergencia Económica mediante el cual se establece un régimen especial transitorio para la gestión operativa y administrativa de la Industria Petrolera Nacional*” (en lo sucesivo el Decreto”).

El referido Decreto tiene por objeto “*establecer un régimen especial, de carácter transitorio, y las medidas administrativas acordes a éste, que contribuya de manera definitiva al aumento de las capacidades productivas de Petróleos de Venezuela S.A., PDVSA, sus empresas filiales, y la industria petrolera nacional en general*” (artículo 1 del Decreto).

El Decreto fue dictado por el Presidente de la República dentro del marco del Decreto N° 3.239 de fecha 09 de enero de 2018, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el territorio Nacional¹, prorrogado mediante Decreto N° 3.308 de fecha 09 marzo de 2018², y con fundamento en el artículo 19³ de la “*Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras*”.

¹ Gaceta Oficial N° 41.316 del 09 de enero de 2018.

² Gaceta Oficial N° 41.357 del 09 de marzo de 2018.

³ Artículo 19 de la “*Ley Constitucional Contra la Guerra Económica*”: “Los regímenes de contrataciones públicas a ser realizados por los entes del Estado con fines empresariales, salvo lo relativo a concesiones, será objeto de regulación especial, en términos tales que otorguen a dichos entes la igualdad y eficiencia suficientes, sin menoscabo de la transparencia de los procesos de contratación y del ejercicio de las funciones de control de los órganos competentes”.

Públicas”, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 11 de enero de 2018⁴.

II. LA ACTIVIDAD PETROLERA Y LA ADMINISTRACIÓN DE LA INDUSTRIA PETROLERA EN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA

1. Su regulación es materia de la reserva legal

La reserva legal es una institución constitucional conforme a la cual ésta dispone las materias que sólo pueden ser reguladas mediante una ley, es decir, un acto con rango y fuerza de ley.

Los artículos 302⁵, 303⁶, 156, numerales 16⁷, 32⁸ y 33⁹; 187,

⁴ Gaceta Oficial N° 41.318 del 11 de enero de 2018.

⁵ “Artículo 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”.

⁶ “Artículo 303. Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A”.

⁷ “Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: 16. El régimen y administración de las minas e hidrocarburos; el régimen de las tierras baldías; y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país”.

⁸ “Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarias y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional”.

⁹ “Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: 33. Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza”.

numerales 1 y 9¹⁰; y, 202¹¹, de la Constitución prevén la reserva legal de la materia petrolera en Venezuela como atribución exclusiva del Poder Legislativo Nacional, por órgano de la Asamblea Nacional.

En efecto, el artículo 187, numeral 1, de la Constitución, establece que le corresponde a la Asamblea Nacional legislar sobre las materias propias del Poder Público Nacional, las cuales están referidas en este caso en el artículo 156 numeral 16, de la Constitución, como el “*régimen y administración de las minas e hidrocarburos*”.

De conformidad con la Constitución, por ser una materia de competencia del Poder Público Nacional, la actividad petrolera y todas sus actividades conexas, así como su control y administración, están reservadas y sólo pueden ser reguladas mediante ley, como acto sancionado por el cuerpo legislador (artículo 202 de la Constitución).

Ahora bien, la reserva legal nacional en sentido amplio, implica que “...*determinadas materias pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, [lo que] excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante otro instrumento normativo que no goce de rango legal, o instrumento normativo distinto al decreto con fuerza de ley.*”¹²

En este orden de ideas, la reserva legal consiste en “...*una reserva a normas con rango de Ley*”, es decir, de: 1. ley formal dictada por la Asamblea Nacional o 2. decreto con fuerza de ley, propiamente

¹⁰ “Artículo 187. *Corresponde a la Asamblea Nacional:*

1. *Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.*

9. *Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela*”.

¹¹ “Artículo 202. *La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos*”.

¹² Pierre Tapia, Oscar. “Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973)”. Caracas, Venezuela. Editorial Melvin. No. 6. Junio 2007. P. 32; Ramírez, Humberto y Garay, Juan. “Jurisprudencia Venezolana”. Caracas, Venezuela. Ramírez y Garay, S.A. Tomo CCLIII. Marzo 2008 b. P. 401.

dicho, dictado por el Presidente de la República¹³ en Consejo de Ministros¹⁴.

De esta forma, siendo que todo lo relativo a la actividad petrolera, sus actividades conexas, y todo lo referente a la administración y control de la industria petrolera en Venezuela forma parte de la reserva legal nacional, en principio, le corresponde a la Asamblea Nacional legislar sobre tales materias mediante ley (artículos 156, numerales 16, 32 y 33; 187, numerales 1 y 9; 202; 302 y 303 de la Constitución).

Siendo la ley “*el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador...*” (Artículo 202 de la Constitución), y de forma que como el mencionado Decreto no fue dictado por el órgano legislativo válidamente legitimado para ejercer las funciones legislativas, esta norma es inconstitucional desde su origen.

Ahora bien, como es sabido, la Constitución prevé en dos situaciones que el Presidente puede dictar actos con rango y fuerza de ley: (i) previa ley habilitante, mediante decreto-ley; y (ii) Habiendo un decreto previo de Estado de excepción.

2. La legislación presidencial (Los decretos ley)

El ejercicio de la función legislativa por parte del presidente de la República, en Consejo de Ministros, precisa de la previa delegación legislativa, efectuada a su favor por parte de la Asamblea Nacional mediante ley habilitante (según los artículos 203, último aparte; y, 236, numeral 8 y primer aparte, de la Constitución), o la preexistencia de un Decreto de estado de excepción que concretamente lo habilite para dictar, con carácter excepcional y limitado a la resolución de la

¹³ Leza Betz, Daniel. “La Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional y las Nuevas Competencias Normativas del Presidente de la República previstas en la Constitución de 1999. Al traste con la Reserva Legal Formal Ordinaria en el Derecho Constitucional Venezolano”. Revista de Derecho Público. No. 82. Caracas, Venezuela, 2000. P. 28.

¹⁴ Es por ello que se ha afirmado que la reserva legal nacional “...*comporta una obligación para el Parlamento de legislar en determinadas materias...Por supuesto...ese concepto se ha relativizado con el otorgamiento de la potestad normativa a los gobiernos, en las Constituciones, mediante la figura del decreto con fuerza de ley propiamente dicho*”. Vid. Peña Solís, José. “La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana”. Colección de Estudios Jurídicos No. 10. Caracas, Venezuela, 2005. Tribunal Supremo de Justicia, P.116.

emergencia, actos que pueden tener rango y fuerza de Ley (artículos 337 y 338 de la Constitución).

2.1. Decretos leyes previa ley habilitante

La Constitución en su artículo 236 concede al presidente de la República la atribución para “8. *Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley*”, en Consejo de Ministros, mientras que dispone en su artículo 203 que “*Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio.*”

2.2. Decretos leyes durante un estado de excepción

Conforme a la doctrina constitucional, el presidente de la República puede regular, de forma transitoria y excepcional, las materias de la ley, cuando ante hechos circunstanciales, como por ejemplo una emergencia económica, sea necesario decretar un estado de excepción cumpliendo con los requisitos que disponen la Constitución (artículos 337 al 339) y la ley¹⁵.

Cabe destacar, esta competencia extraordinaria y temporal está muy limitada a las materias y a los términos que el estado de excepción precise, puesto que el Estado de excepción no suspende el funcionamiento de los órganos del Poder Público, entre ellos el de la Asamblea Nacional, la cual debe ejercer de forma natural y propia la función legislativa.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la competencia del presidente de la República en ejecución del estado de excepción se traduce en medidas que pueden o no tener rango legal. Para que las mismas tengan dicha naturaleza es necesario que el acto se base exclusivamente en la norma constitucional y en el decreto del estado de excepción que lo dicta y que la materia sea de la reserva legal.

¹⁵ Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, publicada en Gaceta Oficial n° 37.261 de fecha 15 de agosto de 2001.

Ahora bien, con una previa declaratoria de estado de excepción no es posible que se modifique el régimen de las distintas instituciones consagradas en la Constitución, puesto que además de que la reserva legal lo prohíbe para supuestos de permanencia, el estado de excepción está regido por unas limitadas circunstancias dispuestas en la Constitución así como por un tiempo igualmente limitado.

Así pues, la declaratoria de estado de excepción no puede ser fundamento para que el régimen de una empresa pública de la relevancia constitucional de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), expresamente consagrada en el artículo 303 de la Constitución, así como su estructura, funcionamiento y administración sea regulado mediante un régimen transitorio y de circunstancias sobrevenidas como la “emergencia económica”.

2.3. Las funciones legislativas por parte de la Asamblea Nacional Constituyente

La Asamblea Nacional Constituyente es un órgano que se convoca por el pueblo, como único soberano titular del poder constituyente, con la finalidad de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico, mediante la redacción de una nueva Constitución (artículo 347 de la Constitución).

En ese sentido, la Asamblea Nacional Constituyente es un órgano representativo, distinto a los poderes constituidos, que se convoca y elige por el pueblo soberano con la misión específica de elaborar un proyecto de Constitución.

De este modo, la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente supone la previa decisión del pueblo de convocarla por la vía del sufragio, a través de un referendo de consulta popular, con el objeto de redactar una nueva Constitución, la cual, únicamente previa aprobación de su texto por el pueblo soberano, entrará en vigencia para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico.

De conformidad con lo expuesto, la Asamblea Nacional Constituyente está limitada principalmente en su objeto, puesto que sus actividades de instalación, sesión y discusión únicamente pueden estar dirigidas a la redacción y elaboración de un proyecto de Constitución.

En ese sentido, no le corresponde a la Asamblea Nacional Constituyente dictar leyes de contenido nuevo o modificar las existentes, ni dictar actos de gobierno o reformar el régimen vigente. Tampoco realizar actos de control de los poderes constituidos ni hacer designaciones de sus titulares o funcionarios.

En síntesis, tiene la Asamblea Nacional Constituyente una sola y única competencia: escribir, discutir y aprobar un proyecto de Constitución para ser sometido a la consideración del pueblo soberano, y de no aprobarla cesa éste órgano en su existencia, quedando todo el régimen jurídico intacto, con las solas modificaciones que se hayan producido por la actuación de los poderes constituidos en ejecución de sus respectivas competencias.

Ahora bien, como es sabido, la Asamblea Nacional Constituyente es inconstitucional por su origen desde que fue ilegítimamente convocada mediante decreto presidencial N° 2.830 de fecha 1° de mayo de 2018 y no mediante referendo consultivo aprobatorio del pueblo soberano titular del poder constituyente¹⁶; como por su desempeño desde su instalación el 04 de agosto de 2017.

En efecto, todas las actuaciones de la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente han excedido la competencia fijada por la Constitución -inclusive para un órgano de esta naturaleza legítimamente convocado-, y más allá de la sesión para la redacción y discusión de un proyecto de nueva Constitución -en abierta inconstitucionalidad-, esta ha dictado una serie de actos que han pretendido modificar el régimen jurídico vigente sin la intervención de la voluntad popular.

Así pues, mediante “Decretos Constituyentes”, “Leyes Constitucionales” y “Acuerdos Constituyentes”, la Asamblea Nacional Constituyente:

- A) ha dictado leyes de contenido nuevo y modificado las existentes;

¹⁶ Vid. Badell Madrid, Rafael, “Régimen jurídico del proceso constituyente en la Constitución de Venezuela”. Artículo publicado en BREWER-CARÍAS, Allan / GARCÍA SOTO, Carlos (compiladores), “Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017”, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá/Caracas, 2017, pp.137-204. Publicado también en la página web de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: <http://www.acienpol.org.ve/Default.aspx>. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/15WiK4ShqtJrjhWXmpeh984C6CV7DUALu/view>

- B) ha realizado actos de control e intervención de los poderes constituidos a través de la designación, ratificación o remoción de sus titulares o funcionarios; e inclusive,
- C) ha convocado procesos electorales para la elección popular de representantes de los poderes públicos (en todos sus niveles, local, regional o nacional) y ha exigido juramentarlos.

Por esas razones, todas las decisiones emanadas de la Asamblea Nacional Constituyente desde su inconstitucional “convocatoria” y hasta la presente fecha son inconstitucionales, pues derivan de un órgano ilegítimamente convocado e instaurado que ha excedido las funciones que la propia Constitución le asigna.

Es claro entonces que todas las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente distintas a la redacción de un texto constitucional son ilegítimas y que así lo es la “Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas”¹⁷, sobre la cual se basó el Decreto N° 44 sobre el régimen especial y transitorio de la industria petrolera nacional para modificar el régimen de contrataciones públicas de las empresas de la industria petrolera.

3. Las competencias de Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA)

La Constitución y la Ley Orgánica que reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos prevén que PDVSA como empresa del estado creada para el manejo de la industria petrolera (artículo 303 de la Constitución), es la encargada de controlar y ejecutar todas las actividades en materia petrolera reservadas al Estado (artículo 1¹⁸, 4¹⁹ y 8²⁰ de la Ley).

¹⁷ Gaceta Oficial N° 41.318 del 11 de enero de 2018.

¹⁸ “Las actividades reservadas mediante la presente Ley serán ejecutadas, directamente por la República; por Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA) o de la filial que ésta designe al efecto; o, a través de empresas mixtas, bajo el control de Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA) o sus filiales”.

¹⁹ “Artículo 4: A partir de la publicación de la presente Ley, Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA) o la filial que ésta designe, tomará posesión de los bienes, y control de las operaciones referidas a las actividades reservadas...”.

²⁰ “Artículo 8: Los permisos, certificaciones, autorizaciones y registros vigentes, pertenecientes a los operadores de las actividades reservadas, o que recaigan sobre bienes utilizados

III. DEL DECRETO N° 44 SOBRE EL RÉGIMEN ESPECIAL Y TRANSITORIO DE LA INDUSTRIA PETROLERA NACIONAL

1. Fundamentación

El Decreto N° 44 tiene su fundamento (según lo dispuesto en su texto) en el artículo 226 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²¹; y en los numerales 2 y 11 del artículo 236 *ejusdem*²²; en el artículo 19 de la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, así como en los numerales 1 y 24 del artículo 2°²³ del Decreto N° 3.239 de fecha 09 de enero de 2018, mediante el cual se declaró el Estado Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional, prorrogado mediante Decreto N° 3.308 del 09 de marzo de 2018; en concordancia con el artículo 46²⁴ del

por las mismas, pasarán de pleno derecho, a la titularidad de Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA) o a la filial que ésta designe”.

²¹ Artículo 226. *El Presidente o Presidenta de la República es el Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno.*

²² Artículo 236. *Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: 2. Dirigir la acción del Gobierno. 11. Administrar la Hacienda Pública Nacional.*

²³ Artículo 2°. *Con fundamento en la declaratoria de Estado de Excepción y de Emergencia Económica a que refiere el presente Decreto, podrán ser restringidas las garantías para el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, salvo las indicadas en el artículo 337 constitucional in fine, y las señaladas en el artículo 7° de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, cuando se trate de la aplicación de alguna de las medidas excepcionales que a continuación se indican: 1. Establecer las regulaciones excepcionales y transitorias necesarias para garantizar el impulso de los motores Agroalimentario, de producción y distribución de los rubros considerados como estratégicos para la satisfacción de necesidades de los habitantes de la República. 24. Dictar los lineamientos que correspondan en materia de procura nacional o internacional de bienes o suministros esenciales para garantizar la salud, la alimentación y el sostenimiento de servicios públicos esenciales, tales como servicios domiciliarios, de salud, educación y seguridad ciudadana, en todo el territorio nacional, en el marco de acuerdos comerciales o de cooperación que favorezcan a la República, mediante la aplicación excepcional de mecanismos expeditos de selección de contratistas y su ulterior contratación, que garanticen además la racionalidad y transparencia de tales contrataciones.*

²⁴ Artículo 46. *La Presidenta o Presidente de la República, en su carácter de Jefa o Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, dirige la acción del gobierno y de la Administración Pública, con la colaboración inmediata de la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.*

*Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, y con el numeral 12 del artículo 5º²⁵ del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas*²⁶.

En sus considerandos, el Decreto señala las razones por las cuales se implementan estas medidas, entre ellas, las siguientes:

a) *“Que el Decreto de Emergencia Económica publicado en enero de 2018 y prorrogado en marzo del mismo año, tiene como objeto que el Ejecutivo Nacional disponga de la atribución suficiente para adoptar las medidas oportunas que permitan atender eficazmente la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural producto de la guerra económica, y de manera especial, lo habilita para dictar los lineamientos que correspondan en materia de procura nacional o internacional de bienes o suministros esenciales para garantizar el impulso de la producción y distribución de los rubros considerados como estratégicos para la satisfacción de necesidades de los habitantes de la República, mediante la aplicación excepcional de mecanismos expeditos de selección de contratistas y su ulterior contratación, que garanticen además la racionalidad y transparencia de tales contrataciones”.*

b) *“Que ante la coyuntura económica, caracterizada por agresiones internas y externas, éstas últimas materializadas en sanciones dictadas de manera unilateral por países abiertamente opuestos al desempeño soberano e independiente de la nación venezolana, la Industria Petrolera nacional, Petróleos de Venezuela S.A., y sus empresas filiales, deben adecuar sus procesos a las particularidades de una nueva dinámica transitoria, en la cual acciones con intenciones políticas han reducido la capacidad de las relaciones comerciales y de inversión de la principal industria del país, creando un ambiente”.*

²⁵ Artículo 5º. *Quedan excluidos, sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los contratos que tengan por objeto: 12. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, requeridos, cuando se decrete cualquiera de los estados de excepción contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*

²⁶ Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

c) “Que el Gobierno Bolivariano ejecuta un plan integrado para aumentar sostenidamente de las capacidades productivas de la Industria Petrolera, Petróleos de Venezuela S.A., y sus empresas filiales a niveles óptimos de eficiencia, el cual debe llevarse a cabo en estrecha vinculación con las regulaciones especiales en materia de organización administrativa y contrataciones públicas, adaptadas a las especificidades del mercado petrolero mundial y la posición de las empresas petroleras venezolanas en éste, los compromisos válidamente asumidos con inversores nacionales y extranjeros y la recuperación de índices de eficiencia adecuados”.

Además de los lineamientos con ocasión del régimen de las actividades petroleras en Venezuela, y el régimen “especial” de contrataciones públicas al cual nos referiremos más adelante, el aludido decreto establece que el Ministro del Poder Popular de Petróleo deberá proceder a elaborar más propuestas para generar normas para el establecimiento de un régimen definitivo adaptado a la dinámica petrolera internacional; y podrá resolver el cese de la aplicación del régimen y las medidas administrativas especiales transitorias previstas en el Decreto. Con lo cual se le otorgan inconstitucionalmente atribuciones al Ministerio que no son propias de este órgano.

2. La fundamentación del Decreto revela que es un acto de rango sublegal

Al referirse expresamente en su fundamentación a las competencias previstas en el artículo 46 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, se reconoce que el Decreto es un acto de rango sublegal.

En efecto, el artículo 46 dispone que el presidente de la República, en su carácter de jefe del Estado y del ejecutivo nacional, dirige la acción del gobierno y de la administración pública, con la colaboración inmediata del vicepresidente ejecutivo, conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, por lo que no está en modo alguno refiriéndose a la facultad extraordinaria de dictar actos con rango y fuerza de ley.

Al ser el Decreto un acto administrativo, es inconstitucional por ser violatorio del principio de la reserva legal así como de las competencias asignadas en la Constitución y en la Ley Orgánica de Reserva de Bienes y Servicios conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos de 2009, exclusivamente a la República o a PDVSA y sus filiales, pues se autoriza irresponsablemente al Ministerio del Petróleo a realizar materialmente cualquier decisión que discrecionalmente -arbitrariamente- dicte respecto de las empresas de la industria petrolera nacional, incluso hasta suprimir a PDVSA²⁷.

3. El Decreto de Emergencia Económica es un acto nulo de nulidad absoluta y, además, no habilita para dictar medidas en materia de actividades petroleras.

El Decreto de Emergencia Económica no ha sido autorizado por la Asamblea Nacional, viola el límite temporal de la Constitución (60 días prorrogable por 60 más), y ha sido dictado en desviación de poder pues se ha usado para transferir de forma irregular la función legislativa del parlamento al órgano ejecutivo lo cual supone una ruptura del orden constitucional. En todo caso, el Decreto de Emergencia invocado como fundamento del Decreto N° 44 no habilita al Presidente a dictar este tipo de medidas.

El Decreto de Estado Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional es inconstitucional por ser violatorio de los artículos que regulan los estados de excepción: artículos 337²⁸,

²⁷ Brewer-Carías, Allan. “La Inconstitucionalización de la Cleptocracia en Venezuela: la inconstitucional reforma tácita del régimen de contrataciones públicas, y la inconstitucional eliminación, por decreto, de la licitación para la selección de contratistas en la industria petrolera, y de la nacionalización de las actividades auxiliares o conexas con la industria”. Nueva York, Estado Unidos, abril de 2018.

²⁸ Artículo 337. El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

338²⁹ y 339³⁰ de la Constitución, no cuenta con la autorización parlamentaria y estar enmarcado en una acción del Ejecutivo para burlar la temporalidad constitucionalmente prevista para este tipo de estado de emergencia.

En efecto, los Decretos de Estado de Excepción y Emergencia Económica en todo el territorio de la República se iniciaron en enero de 2016³¹ y han sido prorrogados y sustituidos por nuevos decretos consecutivamente hasta marzo de 2018³² de forma inconstitucional, dado que:

²⁹ Artículo 338. Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación, o de sus ciudadanos y ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más.

Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual.

Podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones. Se prolongará hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

La aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional. Una ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos.

³⁰ Artículo 339. El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron. La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público.

³¹ Decreto N° 2.184, mediante el cual se declara el Estado de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y su ordenamiento jurídico, por un lapso de sesenta (60) días, en los términos que en él se indican. Gaceta Oficial Nro. 6.214 extraordinario del 14 de enero de 2016.

³² Decreto N° 3.308, mediante el cual se prorroga por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N° 3.239, de fecha 09 de enero de 2018, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el Orden Constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las Instituciones Públicas y a las ciudadanas y a los ciudadanos habitantes de la República. Gaceta Oficial Nro. 41.357 del 09 de marzo de 2018.

1. violan la formalidad necesaria de la aprobación parlamentaria, pues la Asamblea Nacional no ha autorizado dichos decretos.
2. las prórrogas violan la competencia de la Asamblea Nacional que es el órgano que debe decidirla.
3. violan la temporalidad del decreto de emergencia económica que es solo de 60 días prorrogable por una sola vez y ya van más de dos años de emergencia ininterrumpida.
4. violan el artículo 337 de la Constitución al no determinar las circunstancias de orden económico que afecten gravemente la Nación, las instituciones y los ciudadanos, es decir, los hechos objetivos que justifiquen la declaratoria de estado de excepción;
5. violan el artículo 338 de la Constitución, que dispone que podrá decretarse el estado de emergencia económica únicamente cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación;
6. los Decretos de Estado de Excepción y Emergencia Económica son inconstitucionales en la medida en que otorgan al Ejecutivo Nacional una serie de poderes ilimitados sin especificar la regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe y nunca fueron aprobados por la Asamblea Nacional, violando expresamente lo dispuesto en el artículo 339 constitucional.

En virtud de estas consideraciones forzosamente hay que concluir que este Decreto es absolutamente inconstitucional desde su origen, pues ha sido dictado fundamentándose en normas que no atribuyen ningún tipo de legitimidad al presidente de la República para legislar sobre el régimen y administración de las minas e hidrocarburos.

Es decir, este decreto de estado de excepción no habilita al presidente para dictar medidas en materia de actividades petroleras, pues señala que se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional, *“dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y ciudadanos habitantes de la República, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la*

población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida”.

Si bien el decreto de estado de excepción dispone ampliamente que con fundamento en la declaratoria de estado de excepción y de emergencia económica puede el presidente establecer “las regulaciones excepcionales y transitorias necesarias para garantizar el impulso de los motores Agroalimentario, de producción y distribución de los rubros considerados como estratégicos para la satisfacción de necesidades de los habitantes de la República” (artículo 2, numeral 1 del Decreto de estado de excepción y emergencia económica), ello no autoriza al presidente a dictar medidas extraordinarias que permitan al Ministerio del Petróleo dictar cualquier tipo de normas para regular y ejercer el control absoluto (centralización) de la actividad petrolera.

De manera que al no existir un Estado de Excepción constitucional, excepcional y específico que le atribuya la posibilidad de dictar este tipo de medidas para atender la emergencia, este Decreto dictado por el Presidente de la República mediante el cual modifica el régimen de la actividad petrolera y las contrataciones públicas por parte de PDVSA y sus filiales, es inconstitucional por cuanto pretende legislar sobre una materia cuya regulación está reservada al Poder Legislativo, en órgano de la Asamblea Nacional, y cuyas competencias en todo caso, solo pueden ser ejercidas por PDVSA o sus filiales, y no por el ministro de petróleo³³.

4. El régimen de contrataciones públicas contenido en el Decreto con fundamento en la “Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes”

Como hemos dicho, el Decreto N° 44 sobre el régimen especial transitorio de la industria petrolera nacional fue dictado, no solo dentro

³³ En este sentido dispone el artículo 2 del Decreto lo siguiente: “Artículo 2°. El Ministro del Poder Popular de Petróleo ejercerá, además de las facultades de control y tutela establecidas en el ordenamiento jurídico, las más amplias facultades de organización, gestión y administración de las empresas de la industria petrolera del sector público, en especial Petróleos de Venezuela S.A., PDVSA, y sus empresas filiales, en los términos expuestos en este decreto”.

del marco del Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica, sino también con fundamento en el artículo 19³⁴ de la “*Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas*” (en lo sucesivo “*Ley Contra la Guerra Económica*”), dictada por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 11 de enero de 2018.

La “*Ley Constitucional Contra la Guerra Económica*” modifica, entre otros aspectos, todo el régimen de contrataciones públicas a ser realizadas por las empresas del Estado. En ese sentido, el artículo 19 de dicha “*Ley Constitucional Contra la Guerra Económica*” dispone lo siguiente:

“Contrataciones públicas por parte de entes del Estado con fines empresariales

Artículo 19. *Los regímenes de contrataciones públicas a ser realizados por los entes del Estado con fines empresariales, salvo en lo relativo a concesiones, será objeto de regulación especial, en términos tales que otorguen a dichos entes la agilidad y eficiencia suficientes, sin menoscabo de la transparencia de los procesos de contratación y del ejercicio de las funciones de control de los órganos competentes.”*

De esa forma, con el fin “*facilitar los mecanismos de control de tales procesos*”, la “*Ley Constitucional Contra la Guerra Económica*”, estableció en su artículo 19 que salvo en lo relativo a las concesiones, las contrataciones públicas por parte de entes del Estado con fines empresariales debían ser “*objeto de regulación especial*”.

En ese sentido, el régimen aplicable a las empresas del Estado fue regulado, respecto de las empresas del Estado en la industria petrolera nacional, por la regulación especial contenida en el mencionado Decreto N° 44.

³⁴ Artículo 19 de la “*Ley Constitucional*”: “Los regímenes de contrataciones públicas a ser realizados por los entes del Estado con fines empresariales, salvo lo relativo a concesiones, será objeto de regulación especial, en términos tales que otorguen a dichos entes la igualdad y eficiencia suficientes, sin menoscabo de la transparencia de los procesos de contratación y del ejercicio de las funciones de control de los órganos competentes”.

En efecto, el artículo 4 del Decreto regula la adquisición de servicios o ejecución de obras por Petróleos de Venezuela, S.A., y sus empresas filiales, *independientemente del monto la compra de bienes*, a través de la modalidad de contratación por consulta de precios.

Asimismo, el artículo 5 dispone de una lista de productos, servicios y ejecución de obras, para cuya compra, adquisición y ejecución deberá procederse mediante la modalidad de contratación directa.

De esta forma, el Decreto sobre el régimen especial transitorio de la industria petrolera nacional no solo pretende modificar todo el régimen constitucionalmente consagrado sobre la actividad de hidrocarburos y la actuación de Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA) y sus filiales, sino que además busca alterar el régimen de contrataciones públicas a ser realizadas por esta empresa del Estado y sus filiales.

El Decreto eliminó todas las modalidades de selección de contratistas basadas en los principios de transparencia, y estableció en cambio solo dos nuevas modalidades de contratación: (i) la consulta de precios; y (ii) la adjudicación directa, los cuales debilitan los controles que previenen la corrupción en estos casos y permiten la participación de empresas privadas en la adjudicación directa de contrataciones; y le atribuyó amplias facultades al Ministerio del Petróleo para la *“organización, gestión y administración de las empresas de la industria petrolera del sector público, en especial Petróleos de Venezuela S.A., PDVSA, y sus empresas filiales”*.

Claramente estas normas son por demás, inconstitucionales, pues la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente no tiene verdaderas y legítimas facultades legislativas³⁵ ni puede facultar al presidente para dictar normas que tácitamente derogan otra ley, aunque el mencionado Decreto se fundamente en el Decreto de Estado Excepción y Emergencia Económica, pues ésta norma también es inconstitucional.

³⁵ En efecto, pese a que la “Ley Constitucional” señala “los artículos 347, 348 y 349 de la Constitución” como fundamento del ejercicio de las funciones legislativas de la Asamblea Nacional Constituyente, lo cierto es que esas disposiciones constitucionales aluden a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente y al respeto absoluto que debe tenerse de la nueva Constitución que se dicte y de las decisiones que la Asamblea tome en ejecución de la nueva Constitución.

Además, cabe destacar que la Constitución y la Ley Orgánica de Reserva del 2009 reservó las actividades petroleras auxiliares y conexas al Estado, y estas pasaron a ser ejecutadas directamente por la República, por PDVSA o sus filiales, o a través de empresas mixtas bajo el control de PDVSA, en ese sentido, no se entiende cómo es que mediante un Decreto puedan ser creadas normas que modifiquen completamente las modalidades de contrataciones de PDVSA y sus filiales y además se le atribuya la competencia al Ministerio del Petróleo para controlar la actividad petrolera nacional en usurpación de funciones.

De otra parte, es menester reiterar que todas las actuaciones de la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente, entre ellas la “Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes”, son inconstitucionales por cuanto pretenden modificar el régimen jurídico vigente sin la intervención de la voluntad popular, y fueron dictadas en exceso de la competencia fijada por la Constitución –inclusive para un órgano de esta naturaleza legítimamente convocado-, la cual solo permite a la Asamblea Nacional Constituyente la redacción de un nuevo texto constitucional (artículo 347 de la Constitución).

IV. INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO

1. Inconstitucionalidad por violación del principio de reserva legal

Al haberse basado el Decreto en la Ley Orgánica de la Administración Pública en la norma que contempla el principio de legalidad de la actuación presidencial, éste viola el principio de la reserva legal.

En efecto, siendo que todo lo relativo a la actividad petrolera, sus actividades conexas, y todo lo referente a la administración y control de la industria petrolera en Venezuela forma parte de la reserva legal nacional, en principio, le corresponde a la Asamblea Nacional legislar sobre tales materias mediante ley (artículos 156, numerales 16, 32 y 33; 187, numerales 1 y 9; 202; 302 y 303 de la Constitución), al no haber sido autorizado el referido Decreto por una ley habilitante, viola el principio de la reserva legal.

Asimismo, al fundamentarse el referido Decreto en el Decreto de Emergencia Económica que es nulo de nulidad absoluta, carece de basamento que justifique la facultad presidencial de dictar decretos leyes y, por tanto, viola el principio de la reserva legal.

2. Inconstitucionalidad por usurpación de funciones propias de la Asamblea Nacional

Siendo que por disposición constitucional (artículo 187, numeral 1), el único órgano legitimado para legislar en las materias de la competencia nacional, (artículo 156, numerales 16, 32 y 33) es la Asamblea Nacional; que no existe una habilitación para que el Presidente legisle en esta materia; que el Decreto de Emergencia Económica no lo autoriza a regular o modificar el régimen de la actividad petrolera y de las contrataciones de PDVSA, y, aun si lo hiciera, que dicho Decreto de emergencia económica es nulo de nulidad absoluta; y que la Asamblea Nacional Constituyente tampoco tiene facultades para legislar en materias de competencia nacional, la conclusión es que ni el presidente de la República ni la Asamblea Nacional Constituyente tienen competencias para, mediante Decreto o “Ley Constitucional”, modificar o reformar el régimen de la actividad y la industria petrolera en Venezuela ni el régimen de contrataciones públicas de PDVSA y sus filiales, pero sin embargo, lo hace en usurpación de las funciones propias de la Asamblea Nacional.

En efecto, tanto el Decreto como la “Ley Constitucional Contra la Guerra Económica” que le sirve de fundamento, persiguen la anulación -mediante la usurpación- de las funciones propias del órgano legislativo (Asamblea Nacional), único órgano del Poder Público legitimado por el pueblo venezolano a través de elecciones libres, universales, directas y secretas para legislar en las materias de competencia del Poder Nacional (artículo 187, numeral 1 y 9 en concordancia con el artículo 156, numerales 16 y 32, de la Constitución).

En ese sentido, el artículo 138 de la Constitución dispone que toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos, por tanto el Decreto N° 44 sobre el régimen especial y transitorio de la industria petrolera nacional, mediante el cual el presidente de la República usurpa funciones propias de la Asamblea Nacional, es nulo de nulidad absoluta.

3. Inconstitucionalidad por violación del principio de separación de poderes

Asimismo, tanto el Decreto N° 44 como la “Ley Constitucional Contra la Guerra Económica” vulneran el principio de separación de poderes establecido en el artículo 136, en concordancia con el artículo 137 de la Constitución, según los cuales “*Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias*”, y solo 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*”.

4. Inconstitucionalidad por violación de las competencias de PDVSA y sus filiales

Los artículos 1, 4, y 8 de la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a la Actividad Petrolera, disponen que las competencias derivadas de las actividades petroleras y conexas reservadas al Poder Nacional deben ser ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por PDVSA y sus filiales.

Por lo tanto, los únicos órganos legitimados para ejercer y ejecutar esas competencias son la República y PDVSA. Esto implica que el Decreto es inconstitucional e ilegal por cuanto otorga competencias propias de PDVSA a un órgano incompetente para llevar a cabo el manejo de la industria petrolera (artículo 303 de la Constitución), como lo es el Ministerio del Poder Popular para el Petróleo.

Por las razones expuestas, el Decreto sobre el régimen especial y transitorio de la industria petrolera nacional, fue dictado en contravención con las disposiciones constitucionales que regulan la actividad de la industria petrolera nacional (artículos 156.16; 187.1 y 9, 302 y 303), y por ende, en violación del principio de reserva legal, en usurpación de las funciones constitucionales propias de la Asamblea Nacional y de PDVSA, únicos órganos legitimados para legislar en la materia y ejercer las competencias asignadas en el manejo de la industria petrolera, respectivamente, y en violación del principio de separación de poderes; por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 138 de la Constitución es nulo y no tiene eficacia alguna.

V) CONCLUSIONES

- i) Las normas sobre las cuales se fundamenta el Decreto no habilitan al Presidente para ejercer competencias legislativas que constitucionalmente fueron asignadas a otro órgano del Poder Público Nacional, es decir, a la Asamblea Nacional.
- ii) La norma del Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica sobre la cual también está fundamentado el Decreto es igualmente inconstitucional, por cuanto no fue aprobado por la Asamblea Nacional y viola los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución, normas que regulan los estados de excepción.
- iii) La “Ley Constitucional Contra la Guerra Económica”, que “sirve” como fundamento del régimen de contrataciones públicas dispuesto en el Decreto, es inconstitucional por cuanto fue dictada por un órgano ilegítimo como lo es la Asamblea Nacional Constituyente, la cual solo sería competente –de haber sido convocada constitucionalmente-, para elaborar un proyecto de Constitución (artículo 347 de la Constitución), nunca para legislar en materias de competencia nacional, que es función legislativa propia y exclusiva de la Asamblea Nacional (artículo 187, numeral 1 de la Constitución).
- iv) El Decreto dictado por el Presidente Nicolás Maduro mediante el cual se pretende regular y reformar el régimen de las actividades petroleras y la industria petrolera nacional es inconstitucional, por cuanto:
 - Regula una materia que se encuentra constitucionalmente reservada a la ley en violación del artículo 156, numerales 16, 32 y 33 de la Constitución y en consecuencia, sólo puede ser regulada a través de la ley en sentido formal;
 - Usurpa las funciones propias de la Asamblea Nacional de conformidad con los artículos 187 numeral 1 y 9 202, 203, y 236 *eiusdem*.

- Viola el principio de separación de poderes establecido en el artículo 136 en concordancia con el artículo 137 constitucional, el ejercer funciones que son propias del Poder Legislativo, e incurre en la nulidad establecida en el artículo 138 de la Constitución según el cual “*Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos*”.

LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CLEPTOCRACIA EN VENEZUELA: LA INCONSTITUCIONAL REFORMA TÁCITA EL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, Y LA INCONSTITUCIONAL ELIMINACIÓN, POR DECRETO, DE LA LICITACIÓN PARA LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN LA INDUSTRIA PETROLERA, Y DE LA NACIONALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES AUXILIARES O CONEXAS CON LA INDUSTRIA. DR. ALLAN R. BREWER-CARÍAS* .

SUMARIO

I. EL SISTEMA INTEGRADO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. II. EL REGISTRO ÚNICO DE CONTRATISTAS. 1. La inscripción en el Registro Único. 2. Documentos necesarios para la inscripción en el Registro Único. 3. Consecuencia de las declaraciones falsas en la inscripción ante el Registro. III. UN GALIMATÍAS: LA DEFINICIÓN DE LA "UNIDAD PARA EL CÁLCULO ARITMÉTICO DEL UMBRAL MÁXIMO Y MÍNIMO (UCAU)". IV. LA PROMOCIÓN DE LA INFORMACIÓN ELECTRÓNICA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. V. EL REGIMEN DEL VALOR AGREGADO NACIONAL. VI. EL INTENTO DE PROMOCIÓN DE "ACTORES ECONÓMICOS DEL NUEVO TEJIDO PRODUCTIVO" QUE NO ES OTRO QUE EL REGULADO EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA ECONÓMICO COMUNAL. VII. EL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES PÚBLICA POR PARTE DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO, Y LA REGULACIÓN ESPECIAL DE LAS MISMAS PARA LAS EMPRESAS DE LA INDUSTRIA PETROLERA NACIONAL. 1. Ampliación de los poderes del Ministerio de Petróleos en relación con la organización, gestión y funcionamiento de las empresas de la industria petrolera. 2. La eliminación de la licitación en la contratación pública por parte de las empresas de la industria petrolera y la derogación "oblicua" de la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos de 2009. A. Contratación mediante consulta de precios. B. Contratación directa. 3. Las obligaciones impuestas a las empresas petroleras contratantes. 4. Las previsiones de control. APRECIACIÓN FINAL.

* Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela.

En un reciente estudio sobre la evolución de las regulaciones legales sobre el régimen selección de contratistas en la contratación pública en Venezuela, concluía afirmando que “en materia de contratación, la regla de la licitación en materia de selección de contratistas en los contratos públicos se ha tornado en la excepción, habiendo desaparecido materialmente la misma, aumentado el ámbito de la adjudicación directa,”¹ la cual se había expandido incluso en la última reforma de la Ley de Contratación Pública de 2014.² De esa evolución concluía señalando que:

“es fácil entender por qué en los índices publicados de Transparecy International sobre Percepción de la Corrupción en las Américas para 2016, de los 176 países reseñados, Venezuela ocupaba el lugar 166 entre los de mayor percepción en materia de corrupción.”³

¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “De la Ley de Licitaciones a la Ley de Contrataciones Públicas en Venezuela: Una estrecha reforma que amplió el radio de las excepciones al régimen de selección de contratistas y a la corrupción administrativa,” en Retos de la contratación pública en Iberoamérica. Homenaje a Allan R. Brewer-Carías, (Prefacio José Moya, Presentación William Zambrano Cetina), Universidad del Rosario, Institut of Latin American Studies, University of Columbia, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Editorial Ibañez, Bogotá 2017, pp. 21-46

² Véase en Gaceta Oficial N° 6.154 extraordinario de 19 de noviembre de 2014. Sobre dicha Ley en lo aplicable, véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías et al, Ley de Contrataciones Públicas, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos legislativos No. 44 (2ª Edición Actualizada y aumentada), Caracas 2012.

³ Véase en <https://www.transparency.org/country/VEN> . Ello explica también, por ejemplo, que la Fiscal General de la República quien ejerció como tal durante el régimen totalitario desde 2007, luego de tener que salir del país perseguida por el propio régimen que tanto ayudó a apuntalar persiguiendo a toda la disidencia política, haya acusado al propio Presidente Maduro de estar envuelto de el escándalo de los hechos de corrupción en torno a las actuaciones de la empresa constructora Odebrecht. Véase la reseña “Venezuela’s ex-attorney general says President Maduro involved in Odebrecht scandal,” en The Business Times. Government & Economy, 19 de Agosto de 2017, en <http://www.besnesstimes.com.sg/government-economy/venezuelas-ex-attorney-general-says-president-maduro-involved-in-odebrecht>. Esa denuncia llevó en definitiva que la Asamblea Nacional aprobara el 17 de abril

Todo ello, lamentablemente, en lugar de corregirse, se ha confirmado a comienzos de 2018, por la actuación de la inconstitucional y fraudulentamente Asamblea Nacional Constituyente electa en julio de 2017,⁴ la cual usurpando el poder constituyente del pueblo,⁵ ha “sancionado” una llamada “Ley Constitucional,” -la cual no existe en el ordenamiento constitucional venezolano-, “contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes, servicios y obras públicas.”⁶

Con dicha Ley, en efecto, contrariamente a lo que se expresa en frases y más frases vacías contenidas a lo largo de su texto, no sólo reformó parcial y tácitamente la mencionada Ley de Contrataciones Públicas de 2014, sino que al permitir la eliminación de todo proceso transparente de selección de contratistas en la contratación pública, en particular en la industria petrolera nacional, lo que ha hecho es institucionalizar una cleptocracia en el país.

El objeto de la reforma fue supuestamente establecer “normas básicas de conducta para la Administración Pública, en todos sus niveles, que promuevan la honestidad, participación, celeridad, eficiencia y transparencia en los procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras públicas. Facilite los mecanismos de control de tales procesos, y estimule la participación equilibrada de todos los agentes económicos en la inversión y justa distribución de recursos destinados las compras públicas” (art. 1). Pero todo ello no es más que una nueva y gran mentira cuando se analiza el sentido y efecto de lo regulado,⁷

de 2018 un Acuerdo considerando que existen suficientes indicios para procesar penalmente al presidente de la república por corrupción. Véase en “AN aprobó antejuicio de mérito en contra de Maduro. El TSJ en el exilio asegura que los elementos para el enjuiciamiento del presidente de Venezuela,” en *El nacional*, Caracas 17 de abril de 2018, en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/aprobo-antejuicio-merito-contra-maduro_231312.

⁴ Véase los trabajos sobre el tema en Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Coordinadores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017* Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2017, 776 pp.

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Usurpación Constituyente 1999,2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, No. 121, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2018, p. 535

⁶ Véase *Gaceta Oficial* N° 41.318 del 11 de enero de 2018.

⁷ Como lo observó Sergio Sáez: “De la lectura [de esta norma] se puede inferir, que transcurridos dieciocho (18) años de éste régimen, visto los nefastos resultados y el desastre al cual ha

lo cual contrariamente asegura la ausencia honestidad, transparencia y control en la contratación pública, pero encubierta con previsiones llenas de galimatías, y declaraciones rimbombantes.

De entrada, el sentido de la reforma, ciertamente, no es fácil de ser identificarla a cabalidad, pero el resultado ha sido, primero, que la Ley de Contrataciones Públicas quedó relegada como ley supletoria en la materia, al disponer la nueva “Ley Constitucional” que sus disposiciones deben ser “aplicadas de forma preferente por la administración pública nacional, estatal y municipal” (art. 2), quedando así la vigencia plena de Ley de Contrataciones Públicas relegada a la discreción interpretativa de cualquier funcionario; y segundo, además, que los principios de la licitación en la selección de contratistas pueden ser eliminados conforme a lo dispuesto en el decreto, como efectivamente ocurrió respecto de las contrataciones en las empresas de la industria petrolera, que es la más importante industria del país, a pesar de su deterioro, eliminándose formalmente toda idea de transparencia en el manejo de las compras y adquisiciones por parte de las empresas del Estado de la misma.

Por ello, la declaración e intención incluidas en el artículo 1 de la Ley Constitucional no pasa de ser una previsión normativa vacía, como se dijo, llena de expresiones principistas y rimbombantes que nadie cree que puedan ser aplicados, particularmente en un Estado que no es más que una Cleptocracia; y en el cual, lamentablemente, la propia Ley de Contrataciones Pública había ya dejado de ser aplicada a cabalidad, particularmente en materia de contrataciones públicas derivadas de los marcos de convenios internacionales, como ocurrió con las

conducido al país, después de haber dilapidado más de millón y medio de millones de dólares de ingresos petroleros, y la inmensa deuda que adquirieron, la carencia de recursos financieros e la imposibilidad de conseguir financiamiento externo que sobrepasa los doscientos mil millones de dólares, reconoce el régimen que la grosera corrupción los sobrepasó⁷, y debe buscar limpiar la negra imagen y retornar a la honestidad, participación, celeridad, eficiencia y transparencia en los procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras públicas; y lo más grave, que reconocen la ausencia de los controles derivados de los equilibrios de los poderes públicos (Contraloría General de la República y Comisiones de Finanzas y de Contraloría de la Asamblea Nacional).” En Sergio Sáez, Auditor Social, “¿Qué hay detrás de la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad de la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas?, Abril 04 de 2018 (Consultado en original).

contrataciones públicas con empresas como las de Brasil, Nicaragua o Cuba, totalmente efectuadas fuera de las previsiones de dicha Ley de Contrataciones Públicas, precisamente porque derivaban de convenios internacionales de “cooperación.” El ejemplo más patente y grave de las contrataciones de los entes del Estado venezolano con la empresa extranjeras, como en el resto de los países de América Latina, ha sido con la empresa Odebrecht, lo que provocó incluso que la Asamblea Nacional hubiera encontrado elementos para considerar que el quien ejercía de presidente de la República de Venezuela debía ser enjuiciado por hechos de corrupción.⁸

La misma sustracción del régimen de selección de contratistas de la Ley de Contrataciones públicas de las contrataciones efectuadas con empresas extranjeras en el marco de convenios internacionales de “cooperación”, la repite la nueva “Ley Constitucional,” al indicar su artículo 20 que sus previsiones “no afectarán en forma alguna lo establecido en convenios de cooperación, acuerdos y contratos internacionales válidamente suscritos por la República Bolivariana de Venezuela.”

Ahora bien, del análisis de conjunto de las disposiciones de la “Ley Constitucional” con fines rimbombantes (“contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes, servicios y obras pública”) se puede establecer que son siete los aspectos centrales de su regulación: primero, el establecimiento de un sistema absolutamente centralizado para el manejo de las contrataciones públicas en todos los niveles territorial; segundo, el régimen del registro único de contratistas; tercero, la definición como un galimatías, de la “unidad para el cálculo aritmético del umbral máximo y mínimo; cuarto, el régimen del valor agregado nacional; quinto, la promoción de la información electrónica en materia de contratación pública; sexta, el intento de

⁸ Véase el Acuerdo de la Asamblea Nacional de 17 de abril de 2018, mediante el cual se declaró que existen “méritos suficientes” para enjuiciar “por hechos de corrupción” al Sr. Nicolás Maduro, Presidente de la República, y “continuar con las investigaciones que se adelantan en la Asamblea nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 187, numeral 3° de la Constitución, por los hechos de corrupción que su pudieran desprender de las vinculaciones del ciudadano Nicolás Maduro Moros y otros funcionarios con la empresa Odebrecht.” Véase el texto en <http://efectococuyo.com/politica/an-aprueba-juicio-contra-el-presidente-nicolas-maduro-con-105-votos-a-favor> (La página oficial de la Asamblea Nacional estaba bloqueada el día 18 de abril de 2018).

promoción de “actores económicos del nuevo tejido productivo” que no es otro que el regulado en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal; y séptimo, el régimen de contrataciones pública por parte de las empresas del Estado, y la regulación especial respecto de las empresas de la industria petrolera nacional.

I. EL SISTEMA INTEGRADO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

En primer lugar, la Ley Constitucional estableció el “Sistema Integrado de Contrataciones del Estado,” con el objeto de centralizar totalmente la actividad de contratación del Estado, eliminando todo vestigio de federalismo o de autonomía de los Estados y Municipios, indicando el artículo 3 que dicho Sistema “debe prevalecer respecto del conjunto de principios, normas, procesos, sujetos, autoridades, contratos, derechos, deberes, recursos, acciones, fines estatales y demás elementos relacionados con las contrataciones del Estado;” y todo ello:

“con el propósito fundamental de dar impulso y direccionamiento a la inversión pública en función del desarrollo de las políticas de protección del Pueblo, el sistema de misiones y grandes misiones, las obras públicas y servicios, la transformación del aparato productivo nacional, atendiendo al estímulo de nuevos actores económicos, en sus distintas escalas y formas asociativas privadas, mixtas, públicas y comunales” (art .3).

La Ley tiene entonces por objetivo unificar el funcionamiento de dicho Sistema:

“guiado por la armonización de metodologías, criterios y conceptos utilizados por todos los órganos y entes contratantes del Estado, bajo una política orientada a la simplificación de trámites, estandarización tecnológica, promoción de nuevos actores económicos, creación de nuevos métodos de gestión, fomento de la industria nacional, optimización de la inversión pública y lucha contra el burocratismo y la corrupción. El Sistema Integrado en función de un esquema integral de desarrollo, conjuga la demanda social, la promoción económica y financiera de los nuevos actores y formas asociativas y los métodos de gestión” (art. 4)

Es difícil ciertamente encontrar en dos normas de una ley la referencia a tantos principios, plausible muchos de ellos, por cierto; pero que en definitiva nada dicen, particularmente si quien las promulga es un gobierno que representa un Estado totalitario,⁹ que gerencia un régimen cuya actuación pública, desde hace lustros, ha estado basado en la mentira como política de Estado, en cuyas declaraciones nadie puede creer,¹⁰ y en el desprecio a la ley y a la democracia representativa.¹¹

A las anteriores declaraciones le sigue otras, contenidas en el artículo 5 de la “Ley Constitucional” indicando que “las normas fundamentales establecidas en la ley marco que desarrolle el Sistema Integrado de Contrataciones del Estado”:

“tendrán aplicación preferente en cuanto constituyen la base normativa relativa a los actores, métodos de gestión y los componentes del sistema que comprende, entre otros: una comisión de compras centralizadas y procura, el sistema nacional de contrataciones, el sistema transaccional de compras públicas y un registro único de contrataciones.”

Esta, en definitiva, no es otra cosa que el anuncio de que en el futuro será sancionada una nueva legislación que desarrollará dicho Sistema Integrado de Contrataciones, terminando de centralizar absolutamente todo en la materia.

II. EL REGISTRO ÚNICO DE CONTRATISTAS

En todo caso, la “Ley Constitucional,” ignorando las previsiones de la Ley de Contrataciones Públicas sobre el “Registro Nacional de

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 532 pp.; segunda edición, (Con prólogo de José Ignacio Hernández), Caracas 2015.

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015 (Prólogo de Manuel Rachadell), Colección Estudios Políticos, No. 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015.

¹¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, La ruina de la democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015, (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Colección Estudios Políticos, No. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015; Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment, Cambridge University Press, New York 2010.

Contratistas” (arts. 41-53), procedió a regular un “Registro Único de Contrataciones Públicas”, estableciendo que, a los fines de la participación en procesos de selección y contratación con el sector público, solo sería necesaria la presentación del comprobante de inscripción en dicho Registro Único (art. 8).

La “Ley Constitucional”, sin embargo, dejó amplio poder discrecional a la Administración para aceptar o rechazar dicha inscripción (art. 9), y en una disposición transitoria, habilitó al organismo competente en materia de registro de contratistas del sector público, para inscribir en el mencionado Registro Único a “aquellas personas jurídicas creadas y debidamente inscritas ante el registro correspondiente antes del primero de diciembre de 2017,” es decir en el registro nacional de Contratistas que regulaba la ley de Contrataciones Públicas.

1. La inscripción en el Registro Único

Conforme al artículo 8 de la “Ley Constitucional,” se estableció como condición general para participar en procesos de selección y contratación con el sector público, la necesidad de que el interesado presente “el comprobante de inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas regulado y administrado por el Ejecutivo Nacional,” precisándose que para “la obtención de dicho registro los interesados solo estarán obligados a presentar, a través de un formulario electrónico dispuesto a tal fin una declaración jurada en la cual exprese:

1. No estar incurso en ninguna causal de inhabilitación o exclusión de las establecidas en el ordenamiento jurídico relativo a contrataciones públicas.
2. Que está en condiciones de cumplir con los requisitos, condiciones y criterios de selección de las distintas modalidades de contratación respecto de los bienes, servicios, obras o actividades, según el objeto principal de su giro; así como dar una declaración formal sobre su disposición de presentar a la administración, previa petición y sin demora, los correspondientes documentos justificativos.
3. La declaración de su consentimiento a ser sometido a la verificación de las credenciales y documentos que presentare para el cumplimiento de requisitos o condiciones previamente establecidos. Dicha verificación podrá llevarse a cabo directamente en el

establecimiento del interesado, o en las oficinas de la administración, sin menoscabo del uso de bases de datos o revisión de las existentes disponibles para uso de la administración, atendiendo al principio de simplificación de trámites, interoperabilidad, así como el impulso en el uso de medios digitales y la eliminación progresiva del uso de papel.

4. Su consentimiento a la publicidad de información de interés relativa a su capacidad para contratar con el Estado, así como a los contratos que celebre con este.”

2. Documentos necesarios para la inscripción en el Registro Único

Para garantizar la simplicidad y eficiencia en el Registro Único de Contrataciones Públicas, el artículo 9 de la “Ley Constitucional” dispuso que cuando en el proceso de inscripción sean requeridos al interesado documentos justificativos o demostrativos de las situaciones, condiciones o requisitos que se declaren como cumplidos, el otorgamiento de la inscripción no dependerá de la consignación de tales documentos, ni podrá ser prorrogado dicho otorgamiento hasta su verificación o comprobación, sin menoscabo de que la Administración pueda requerirlos posteriormente, en ejercicio de sus funciones de supervisión y control.

El comprobante de inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas solo puede ser requerido por los órganos o entes contratantes como requisito para la participación en procesos de selección de contratistas y al momento de la adjudicación del contrato, sin que pueda ser exigido en otras etapas de la contratación o de la ejecución del contrato.

En todo caso, obtenido el registro, conforme al artículo 14 de la “Ley Constitucional,” el órgano o ente contratante no puede volver a requerir de los participantes de un proceso de selección de contratistas los documentos justificativos que hayan sido consignados o exhibidos para obtener el comprobante de inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas, ni puede solicitar documentos justificativos o probatorios en la medida en que la información en ellos contenida haya sido satisfecha al obtener la inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas, o dicha información pueda ser obtenida por

el órgano o ente contratante accediendo directamente a una base de datos o expedientes digitales administrados por un órgano o ente público. El órgano o ente contratante solo puede solicitar a dichos participantes los documentos justificativos que demuestren el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos para participar en dicho proceso.

La inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas se emite de manera indefinida, pero el interesado debe emitir para cada proceso, una declaración en la cual confirme que la información en él contenida sigue siendo correcta.

En el Registro Único, además, conforme al artículo 11 de la “Ley Constitucional,” debe incorporarse y ponerse a disposición de todo interesado, la información sobre personas naturales y jurídicas inhabilitadas, la fecha de su inhabilitación y el plazo de vencimiento de la misma, como consecuencia de haber suministrado informaciones falsas.

3. Consecuencia de las declaraciones falsas en la inscripción ante el Registro

En efecto, como lo dispone el artículo 10 de la “Ley Constitucional, las personas naturales o jurídicas que presten declaraciones falsas para obtener el comprobante de inscripción en el Registro Único, serán inhabilitadas para contratar con el Estado, por un plazo de diez (10) años. En los casos en los cuales la inhabilitación recaiga sobre una persona jurídica, la misma se extenderá a los representantes, directivos, administradores, gerentes o encargados responsables de la inscripción de dicha entidad, o de la presentación o gestión de ofertas ante órganos o entes de la Administración Pública. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones penales, civiles y administrativas que corresponda ejercer con ocasión de los ilícitos cometidos.

Si la inhabilitación recayere sobre sujetos que poseen contrataciones que están vigentes con el Estado, estas serán susceptibles de resolución unilateral por parte del órgano o ente contratante. Conforme al mismo artículo 10, dicha causal de resolución unilateral debe incorporarse en todo contrato suscrito por un órgano o ente público, pero sí en el texto del contrato no estuviera dicha cláusula, en virtud de la propia “Ley Constitucional”, la misma se entenderá tácitamente incluida en el mismo.

Por otra parte, la sustanciación del expediente relativo a la inhabilitación como consecuencia de prestar declaración falsa, corresponde al órgano o ente contratante que la hubiere detectado, el cual debe remitir las actuaciones al órgano encargado del registro de contratos del sector público, a los fines de la imposición de la inhabilitación; sin perjuicio de que dicho órgano competente en materia de contrataciones públicas pueda realizar el procedimiento de inhabilitación de oficio (art. 11).

III. UN GALIMATÍAS: LA DEFINICIÓN DE LA “UNIDAD PARA EL CÁLCULO ARITMÉTICO DEL UMBRAL MÁXIMO Y MÍNIMO (UCAU)”

Uno de los aspectos “novedosos” de esta “Ley Constitucional” ha sido el establecimiento, como lo indica su artículo 6, de:

“una unidad de determinación objetiva y simple aplicación aritmética, la cual se denominará Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU), que será utilizada como multiplicador único a los fines de obtener el monto en moneda que corresponde a los umbrales máximos y mínimos establecidos por el ordenamiento jurídico para delimitar rangos de elegibilidad en los procesos de contratación pública, o para el cumplimiento de condiciones o requisitos relacionados con estas.”

De esta definición, no hay nada más que concluir que no sea que estamos en presencia de un galimatías,¹² es decir, como lo define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, de un texto contentivo de un “lenguaje difícil de comprender por la impropiedad de las frases o por la confusión de las ideas.”

Nada se dice, por lo demás, qué es lo que realmente se persigue con la regulación de esta rimbombante “Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo.” Nada se dice, y solamente se

¹² El calificativo como “galimatías” es de Sergio Sáez, quien observó: “Me atrevería a preguntar en una sesión de la Asamblea Nacional Constituyente quién de los 545 miembros entienden esto que unánimemente votaron su aprobación con ambas manos alzadas, y nadie lo sabrá responder [...]” En Sergio Sáez, Auditor Social, “¿Qué hay detrás de la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad de la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas?, Abril 04 de 2018 (Consultado en original).

agrega, en otro galimatías, que “mediante resolución conjunta de los ministerios con competencia en materia de finanzas y de planificación,” dicha Unidad se podrá disponer como:

“multiplicador en operaciones aritméticas para la determinación de umbrales o montos específicos en la aplicación del ordenamiento jurídico en materia de administración financiera del sector público, pudiendo incluso disponer la sustitución de otras unidades de cálculo aritmético, cuando este sea utilizado como tal.”

¿Qué?!! Es lo que se puede exclamar de la lectura de estos textos, pues es muy posible que su redactor no lo sepa, o sabiéndolo lo expresó de tal manera que sea necesario que tenga que comenzar por dar un curso sobre lo que se quiso regular.

Y todo lo anterior se complementa con lo dispuesto, en otro galimatías más, contenido en el artículo 7 de la “Ley Constitucional,” indicando que:

“La determinación de dicha Unidad deberá realizarse sobre la base de estrictos criterios objetivos relacionados con el ingreso mínimo legal, ajustado a las variaciones del índice Nacional de Precios al Consumidor, u otro marcador de valoración disponible, que permita el ajuste racional y equilibrado de los montos máximos y mínimos de contratación, así como los requisitos o condiciones establecidos para celebrar contrataciones con el sector público, referenciados en moneda.”

Además de recordar que el “Índice Nacional de Precios al Consumidor” tiene años sin publicarse, la “gran novedad” que representa esta regulación, y salvo sí llegara a explicarse por sus redactores, por lo visto no es tal, pareciendo que no sirve para nada. Parecería, en definitiva, que los párrafos de esos artículos se escaparon de algún otro texto o manual redactado para otros fines.

IV. LA PROMOCIÓN DE LA INFORMACIÓN ELECTRÓNICA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En paralelo a las galimatías, la “Ley Constitucional” pasó al extremo de la modernidad en la Administración Pública, al disponer que

los mecanismos de acceso, participación y desarrollo de contrataciones públicas que se efectúen con arreglo a la misma, deben “dar preferencia al uso de medios de información y comunicación electrónicos que incrementen eficiencia y transparencia en los procedimientos de contratación pública”, los cuales “deben propender a la estandarización, democratización y equilibrio de la participación de los distintos sujetos económicos involucrados”(art. 12). ¿Cómo? ¿En qué forma? ¿De acuerdo a cuáles criterios? Parece que ello no importa, pues por lo visto lo importante para este “legislador constituyente” es solo incluir en sus cuerpos normativos declaraciones principistas y llamativas.

De allí lo que sigue en la misma norma:

“Los procedimientos de publicidad de pliegos o condiciones de contratación, inscripción, sustanciación de expedientes y solicitud de documentos justificativos o información adicional, presentación de ofertas o catálogos electrónicos, así como las solicitudes y respuestas, deberán realizarse en formato electrónico, disponible de manera general para todos los interesados, con características que permitan la interoperabilidad entre los distintos organismos del sector público involucrados en el proceso o en la verificación de documentación.”

Y otra vez, en el artículo 13 se indica que:

“Las aplicaciones o sistemas informáticos utilizados a los cuales deba acceder el público o los interesados, o de los cuales deban disponer para dicho acceso, estarán disponibles de forma gratuita y libre, que evite el desequilibrio en el acceso a la información o a los procedimientos de contrataciones públicas.”

En todo caso, lo único que no está sujeto a esta normativa son las “actuaciones que, conforme a su naturaleza, deban ser objeto de la consignación de información en formato físico, o de una respuesta en dicho formato, como la carta de consignación de la oferta, la confirmación del interés del oferente una vez adjudicado, o la adjudicación u otorgamiento de la buena pro”, lo que es absolutamente obvio, que por tener que ser consignados en forma física, “no están sujetas a la aplicación de lo dispuesto” en la norma, “pero deberán ser objeto de mecanismos

de digitalización e integración al expediente electrónico que se forme, en observancia al principio de unidad del expediente.”

V. EL REGIMEN DEL VALOR AGREGADO NACIONAL

Por otra parte, y siendo una Ley relativa a las contrataciones públicas, la misma buscó promover el Valor Agregado Nacional, como si Venezuela fuese en la actualidad un país donde existiera sector privado y hubiera una industria nacional, cuando ello no es cierto pues al contrario, la misma ha sido sistemáticamente destruida, perseguida y devastada.

Sin embargo, en la “Ley Constitucional” se dispuso que:

“todo régimen, legal o administrativo, relativo a la contratación pública, así como los mecanismos de implementación directa de estos, deberán contener disposiciones que garanticen la promoción, desarrollo y estímulo de la industria nacional, y establecer márgenes de preferencia porcentual que beneficien la pequeña y mediana industria y organizaciones socio-productivas del Sistema Económico Comunal, productoras de bienes, prestadoras de servicios o ejecutoras de obras, domiciliadas en la República Bolivariana de Venezuela, utilizando esquemas de contratación que impliquen la incorporación de bienes con Valor Agregado Nacional, transferencia de tecnología y la incorporación de talento humano nacional” (art. 15).

A tal efecto, y en relación con el Valor Agregado Nacional la Ley estableció criterios para la aplicación e interpretación de “las leyes especiales relativas a contrataciones públicas [donde está la Ley de Contrataciones Públicas, porque la misma no fue derogada], los actos normativos del Ejecutivo Nacional que las desarrollen [donde está el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas], así como los procesos llevados a cabo con ocasión de estas”, entre ellos, la definición misma de Valor Agregado Nacional (VAN), que es: “el resultado de sumar las contribuciones porcentuales en la formación del precio final de cada uno de los componentes de origen nacional que se utilizan para producir un bien, prestar un servicio o ejecutar una obra” (art. 16.1).

A tal efecto, la “Ley Constitucional” enumeró con todo detalle en el artículo 16, todos dichos componentes de origen nacional, como si

Venezuela fuera un país donde se produjera algo, y contara con una sólida y diversificada industria nacional. Como es lo contrario, la enumeración no pasa de ser un ejercicio teórico o una gran mentira o burla, incluyendo, por inefectiva, la enumeración de los elementos o factores que no puede ser Valor Agregado Nacional (art. 17).

VI. EL INTENTO DE PROMOCIÓN DE “ACTORES ECONÓMICOS DEL NUEVO TEJIDO PRODUCTIVO” QUE NO ES OTRO QUE EL REGULADO EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA ECONÓMICO COMUNAL

Ahora bien, en realidad, como lo indica la “Ley Constitucional” en medio de su lenguaje enumerativo de principios, a veces confuso y otras veces llenos de galimatías, el “fin primordial de todo régimen de contrataciones públicas” a que se refiere la misma, como lo indica expresamente su artículo 18, es:

“la promoción y protección de la pequeña y mediana industria, así como de las organizaciones socio-productivas comunales y del Poder Popular, ubicadas en el país, para lo cual las leyes, reglamentos y demás actos de contenido normativo debían prever medidas suficientes para asegurar la participación de dichos actores económicos de mediana y pequeña escala, escala comunal y del Poder Popular en su desarrollo, crecimiento y permanencia en la economía nacional” (art. 18).

Para tal efecto, la “Ley Constitucional” hace referencia en muchos de sus artículos a la implementación de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal de 2010,¹³ en la cual se estableció inconstitucionalmente, como una pieza más del régimen de las Leyes Orgánicas del Poder Popular,¹⁴ una nueva “Constitución Económica” para el país,

¹³ Véase en Gaceta Oficial N° 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010. Véase sobre esta Ley los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal o de cómo se implanta en Venezuela un sistema económico comunista sin reformar la Constitución,” en Revista de Derecho Público, No. 124, (octubre-diciembre 2010), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 102-109

¹⁴ Véase en Allan R. Brewer-Carías, Claudia Nikken, Luis A. Herrera Orellana, Jesús María Alvarado Andrade, José Ignacio Hernández y Adriana Vigilancia, Leyes Orgánicas del Poder

paralela a la prevista en la Constitución de 1999, cambiándola de raíz al establecer para sustituirla un sistema económico comunista, concebido, tal como se lo define en el artículo 2 de dicha Ley, como:

“el conjunto de relaciones sociales de producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, desarrolladas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público o por acuerdo entre ambos, a través de organizaciones socio- productivas bajo formas de propiedad social comunal.”

Se trata, en efecto de un sistema económico que se desarrolla exclusivamente “a través de organizaciones socio-productivas bajo formas de propiedad social comunal” que conforme a la Ley son solamente las empresas del Estado Comunal; las empresas públicas del Estado Constitucional; las unidades productivas familiares; o los grupos de trueque, donde está excluida toda iniciativa privada y la propiedad privada de los medios de producción y comercialización de bienes y servicios.

Es en consecuencia, un sistema económico socialista que se pretendió implantar mediante ley, violentando completamente el sistema de economía mixta que garantiza la Constitución, eliminándose en la práctica tanto la libertad económica como el derecho de propiedad privada, y como lo expresamos en 2011 sin pensar que en pocos años a ello llegaría la sociedad venezolana forzada por el régimen,

“estableciéndose previsiones propias de sociedades primitivas y lugareñas que en el mundo globalizado de hoy ya simplemente no existen, que presuponen la miseria como forma de vida, para regular y justificar el “trueque” como sistema, pensando quizás en sociedades agrícolas o recolectoras, donde al fin del día se podrían intercambiar unos pescados por una liebre; o una consulta profesional de un médico por el planchado de una ropa; y para crear una moneda al margen de la de curso legal que es el Bolívar, llamando así como “moneda comunal” como medio de intercambio de bienes y servicios, a los viejos “vales” de las haciendas de hace más de un

Popular, Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal), Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, 720 pp.

siglo, donde el campesino estaba confinado al ámbito geográfico de la economía que controlaba estrictamente el hacendado.”¹⁵

En 2018, con la destrucción del aparato productivo, todo ello lo logró el gobierno, como para ahora justificar la aplicación de la normativa de dicha Ley, y ahora de la “Ley Constitucional,” y todo en un mundo “literario” que por lo demás, nada tiene que ver con las contrataciones públicas, donde el sistema económico que se promueve está basado exclusivamente en la propiedad pública del Estado (dominio del Estado) sobre los medios de producción, de manera que en la práctica, su desarrollo, regido por un sistema de planificación centralizada, elimina toda posibilidad de libertad económica e iniciativa privada, y convierte a las “organizaciones socio-productivas” en meros apéndices del aparato estatal.

De allí la mera definición del “modelo productivo socialista” que suministró la Ley del Sistema Económico Comunal, como el:

“modelo de producción basado en la propiedad social, orientado hacia la eliminación de la división social del trabajo propio del modelo capitalista. El modelo de producción socialista está dirigido a la satisfacción de necesidades crecientes de la población, a través de nuevas formas de generación y apropiación así como de la reinversión social del excedente.” (Art. 6.12)

Cualquier parecido con la definición clásica de qué es una sociedad comunista en su versión más clásica, basada precisamente en los tres elementos de propiedad pública, eliminación de la división del trabajo y reinversión social del excedente, definitivamente no es mera coincidencia.¹⁶

¹⁵ Véase en Gaceta Oficial N° 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010. Véase sobre esta Ley los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal o de cómo se implanta en Venezuela un sistema económico comunista sin reformar la Constitución,” en Revista de Derecho Público, No. 124, (octubre-diciembre 2010), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, pp. 102-109.

¹⁶ Véase sobre esa definición, en Karl Marx and Frederick Engels, “The German Ideology,” en *Collective Works*, Vol. 5, International Publishers, New York 1976, p. 47. Véanse además los textos pertinentes en http://www.educa.madrid.org/cms_tools/files/0a24636f-764c-4e03-9c1d-6722e2ee60d7/Texto%20Marx%20y%20Engels.pdf

En todo caso, la “Ley Constitucional” concluye disponiendo que “con el objeto de asegurar el acceso a recursos económicos por parte de los actores económicos de pequeña escala, podrán implementarse mecanismos de anticipo y pronto pago para las empresas de la pequeña y mediana industria, y para las organizaciones socio-productivas que resulten seleccionadas en procesos de contratación pública. Las medidas para la protección de los pequeños actores económicos y formas de organización socio-productivas, deberán guardar suficiente proporcionalidad frente a otras categorías de participantes u oferentes y resultar adecuadas al principio de racionalidad en materia de administración financiera del sector público” (art. 18).

VII. EL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES PÚBLICA POR PARTE DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO, Y LA REGULACIÓN ESPECIAL DE LAS MISMAS PARA LAS EMPRESAS DE LA INDUSTRIA PETROLERA NACIONAL

Finalmente, la “Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes, servicios y obras públicas”, en materia de contrataciones públicas por parte de “entes del Estado con fines empresariales,” es decir, las contrataciones públicas por parte de las empresas del Estado que en definitiva son las más importantes, estableció que salvo en lo relativo a “concesiones,” (las cuales, por lo demás dejaron de existir hace lustros en el país), las mismas debían ser:

“objeto de regulación especial, en términos tales que otorguen a dichos entes la agilidad y eficiencia suficientes, sin menoscabo de la transparencia de los procesos de contratación y del ejercicio de las funciones de control de los órganos competentes” (art. 19).

Aparentemente, a pesar de la redacción de la norma, se trata de un régimen de exclusión total de la aplicación de las disposiciones de la misma “Ley Constitucional” a las contrataciones pública por parte de las empresas del Estado, salvo respecto de las concesiones las cuales, sin embargo, a pesar de su inexistencia en la práctica, sí estarían sujetas a la “Ley Constitucional.”

En todo caso, el régimen aplicable a las empresas del Estado debe estar regulado en una “regulación especial,” siendo la primera de ellas el confuso decreto No. 3.368 de 12 de abril de 2018 contentivo, a su vez, de otro decreto No. 44 dictado en el marco Excepción y Emergencia Económica (Decreto N° 3.239 de 9 de enero de 2018)¹⁷, en el cual, en ejecución de la “Ley Constitucional” comentada (art. 19), se estableció un “régimen especial y transitorio para la gestión operativa y administrativa de la industria petrolera nacional,” con una “vigencia hasta el 31 de diciembre de 2018, prorrogable por un (1) año” (art. 12), para que “contribuya de manera definitiva al aumento de las capacidades productivas de Petróleos de Venezuela S.A., PDVSA, sus empresas filiales, y la industria petrolera nacional en general” (art. 1), como si ello pudiera “decretarse.”

La ilusión de los gobernantes del Estado forajido que hemos padecido los venezolanos ha sido que, con el solo texto de las leyes, los decretos y las resoluciones que dictan, creen que pueden cambiar la realidad; y esa ilusión parece no tener límites; y lo peor es que algunos efectivamente creen que la realidad cambió con solo “decretarla.” ¡¡Solo porque lo dice la ley o el decreto!!

La realidad en todo caso es otra, que es la que existe a pesar de la letra de los textos legales; y trágicamente, como es bien sabido, es que la industria petrolera venezolana en 2018 está en un estado de deterioro como nunca antes visto, de manera que de ser hace veinte años la empresa más importante de toda América Latina, en 2018 ha quedado en la ruina, con una producción disminuida, altamente burocratizada e ineficiente, con refinerías cerradas, con una deuda pública astronómica¹⁸,

¹⁷ Véase en Gaceta Oficial No. 41.376 de 12 de abril de 2018. En cuanto a basarse en el régimen de Estado de Excepción y emergencia económica, debe recordarse que de acuerdo con el artículo 338 de la Constitución, el mismo sólo puede durar 120 días, aun cuando el decretado ya tiene más de dos años, y sin siquiera haber sido aprobado por la Asamblea Nacional.

¹⁸ Véase sobre ello, entre los comentarios expertos más recientes de Francisco Monaldi e Igor Hernández, *Weathering Collapse: An Assessment of the Financial and Operational Situation of the Venezuelan Oil Industry*, CID Working Paper N° 327, 2016; Ramón Espinasa, y Carlos Sucre, *La caída y el colapso de la industria petrolera venezolana*, Agosto de 2017 (consultado en original); Carlos Bellorín El Furrial: el espectacular declive de un gigante petrolero, *Prodavinci*, 11 de agosto de 2016: <http://historico.prodavinci.com/blogs/el-furrial-el-espectacular-declive-de-un-gigante-petrolero-por-carlos-bellorin/>

y minada por una corrupción rampante, al punto de que sus últimos directivos desde 2017 están todos detenidos o escapados, acusados todos de corrupción¹⁹.

Por ello, como bien lo observó José Ignacio Hernández:

“el decreto no corrige ninguna de las causas que llevaron a ese colapso. Así, nada dispone el decreto sobre cómo se obtendrán las inversiones necesarias para la reconstrucción de la industria petrolera, ni tampoco resuelve la crisis de la deuda pública de PDVSA. Tampoco hay en el decreto ninguna medida que incentive a la inversión privada, limitándose a reducir el alcance de los procedimientos de procura pública (pero sin explicar con qué recursos se pagarán los contratos que serán adjudicados por mecanismos poco transparentes).”

Por ello, concluyó Hernández con razón, que “en realidad, las medidas adoptadas en el decreto Nro. 44, además de inconstitucionales, no resuelven ninguno de los problemas de fondo que han llevado al colapso de la industria petrolera. Por el contrario, esas medidas pudieran comprometer, todavía más, la ya mermada capacidad de producción de las empresas públicas operadoras.”²⁰

En todo caso, y por lo visto, creyendo en la magia de las palabras de un decreto, con el fin mencionado de supuestamente aumentar la capacidad productiva “de Petróleos de Venezuela S.A., PDVSA, sus empresas filiales, y la industria petrolera nacional en general,” se ha regulado un régimen excepcional en el manejo de las empresas del Estado en la industria petrolera nacional con las siguientes características:

¹⁹ Véase la reseña: “Fiscal general de Venezuela anuncia la detención de expresidentes de Pdvsa,” donde se indica: “El fiscal general de Venezuela, Tarek William Saab, anunció este jueves la detención del exministro para la Energía y Petróleo, Eulogio del Pino, y del expresidente de Petróleos de Venezuela (Pdvsa), Nelson Martínez, por su presunta vinculación con hechos de corrupción en la estatal petrolera.” Véase en Telesur, 30 de noviembre de 2017, en <https://www.telesurtv.net/news/Fiscal-general-de-Venezuela-anuncia-la-detencion-de-expresidentes-de-Pdvsa-20171130-0033.html>

²⁰ Véase José Ignacio Hernández, “¿De qué se tratan las medidas excepcionales que tomó el gobierno sobre PDVSA?,” en Prodavinci, 17 de abril de 2018, en <https://prodavinci.com/de-que-se-tratan-las-medidas-excepcionales-que-tomo-el-gobierno-sobre-pdvsa/?platform=hootsuite>

1. Ampliación de los poderes del Ministerio de Petróleos en relación con la organización, gestión y funcionamiento de las empresas de la industria petrolera

El artículo 2 del decreto, comienza por atribuir al Ministro del Poder Popular de Petróleo, “además de las facultades de control y tutela establecidas en el ordenamiento jurídico,” es decir, en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, “las más amplias facultades de organización, gestión y administración de las empresas de la industria petrolera del sector público, en especial Petróleos de Venezuela S.A., PDVSA, y sus empresas filiales, en los términos expuestos en este decreto,” atribuyéndole a dicho Ministro en el mismo en el artículo 3, competencia para:

- “1. Crear, suprimir o efectuar modificaciones a las empresas del sector público industrial petrolero, incluida Petróleos de Venezuela S.A., y sus empresas filiales.
- 2) Crear, suprimir, modificar o centralizar órganos de dirección, administración y gestión de dichas empresas.
- 3) Conformar y regular uno o varios conglomerados de empresas del sector público petrolero, con vista en las necesidades de incremento de la eficiencia del sector y de conformidad con la legislación especializada en la materia.
- 4) Fijar, suprimir, modificar o centralizar atribuciones, gestiones o procedimientos en determinadas empresas, o efectuar su estandarización para un grupo de ellas.
- 5) Establecer normas generales para el cumplimiento de todas las empresas públicas del sector petrolero, o grupos de ellas.
- 6) Crear, suprimir, modificar o centralizar comisiones de contratación, a partir de criterios de categorización basados en las especificidades del procedimiento, de los bienes o servicios requeridos, o de características propias de los mercados nacionales o internacionales de determinados productos.
- 7) Establecer normas y procedimientos de registro, inscripción, contratación y suspensión de clientes y proveedores; o proceder directamente a la suspensión del registro o inscripción mediante acto motivado, cuando de los resultados de la evaluación del cliente

o proveedor, o la continuidad de su contratación suponga un riesgo al patrimonio de la empresa, o a su operatividad.

8) Establecer normas y procedimientos especiales de contratación por categoría de productos, bienes o servicios.

9) Ordenar la modificación de los estatutos sociales de las empresas públicas del sector petrolero, sus manuales de procedimientos, normativa interna y demás instrumentos de gobierno interno vigentes. Los representantes, directivas, directivos o responsables de las empresas de la industria petrolera nacional, del sector público, estarán en la obligación de gestionar lo conducente a los fines de materializar las modificaciones que deban realizarse de conformidad con lo dispuesto en este artículo, y en atención a las instrucciones impartidas por el Ministro del Poder Popular de Petróleo.”

Es decir, con este decreto se autoriza al Ministro del petróleo a hacer materialmente lo que le venga en ganas con las empresas de la industria petrolera nacional, incluso “suprimir” a Petróleos de Venezuela S.A. lo que no sólo es un soberano disparate, sino que sería violatorio de la Constitución (art. 303).

Con ello, se eliminó de hecho el rol que al menos estatutariamente correspondía a Petróleos de Venezuela S.A., como holding de la industria petrolera, perdiendo materialmente toda la relativa autonomía que podía tener como empresa del Estrado en su relación con el órgano de tutela, que ya en buena parte se había perdido con el ejercicio simultáneo por la misma persona del cargo de Ministro de Energía y Petróleo y Presidente de PDVSA.

En todo caso, lo único que hasta cierta forma protege la poca racionalidad que se pueda requerir en materias tan delicadas, es que en el ejercicio de todas esas atribuciones, las decisiones del Ministro en relación a la organización, gestión y funcionamiento de las empresas de la industria petrolera, en ningún caso podrían surtir efectos de inmediato, sino que necesariamente deberían reflejarse en reformas formales de los estatutos de las empresas. Para ello, el artículo 3 del decreto termina indicando que:

“las gestiones relativas a la inscripción y registro de documentos relacionados con dichas modificaciones son obligatorias para los responsables respecto de cada una de las empresas involucradas.”

Pero la aparente racionalidad derivada de la exigencia de reformas estatutarias se perdió con lo previsto al final de la misma norma al proclamar que:

“Las reformas normativas o estatutarias que se efectúen de conformidad con lo dispuesto en este artículo podrán modificar lo dispuesto en los respectivos decretos de creación de las empresas del sector público petrolero.”

Ello significa que irresponsablemente, un decreto presidencial autoriza a un Ministro a modificar mediante resoluciones lo dispuesto en actos administrativos de rango superior como son los decretos de creación de las empresas. El insensato redactor de tal norma, incluso ignoró que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone imperativamente que en Venezuela:

“Ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía; ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición administrativa de carácter general, aun cuando fueren dictados por autoridad igual o superior a la que dicto la disposición general” (art. 13).

2. La eliminación de la licitación en la contratación pública por parte de las empresas de la industria petrolera y la derogación “oblicua” de la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos de 2009

El decreto No. 3.368 de 12 de abril de 2018, además, eliminó para las contrataciones por parte de Petróleos de Venezuela, S.A., y sus empresas filiales toda forma de licitación pública, es decir, eliminó toda modalidad de selección de contratistas basada en principios de transparencia, estableciendo en cambio solo dos modalidades de contratación: la consulta de precios y la adjudicación directa. Con ello, como lo observó José Ignacio Hernández, sin duda se “aceleran los procedimientos de procura de PDVSA y sus empresas filiales, pero reducen los controles que previenen la corrupción y la gestión ineficiente del gasto

público, sin que el decreto prevea medidas concretas para atender esos riesgos.”²¹

A. Contratación mediante consulta de precios

En primer lugar, conforme al artículo 3 del Decreto, se estableció que Petróleos de Venezuela, S.A., y sus empresas filiales deben siempre proceder “a contratar a través de la modalidad de consulta de precios, independientemente del monto la compra de bienes, adquisición de servicios o ejecución de obras,” específicamente en las siguientes categorías de productos:

- “1. La compra de hidrocarburos y sus derivados, diluentes, gas, líquido de gas natural (LGN), petroquímica, insumos para la producción de combustibles y bases lubricantes, para la producción de combustibles y bases lubricantes, materiales para empaque y envasado de productos.
2. La ejecución de obras de infraestructuras complementarias para la prestación de servicios, traslados para la industria petrolera.
3. Adquisición y suministro de servicios de alimentos, transporte, fletamento de buques para crudo, gasolina, gas y asfalteros, sistemas de comunicación, sistemas, equipos y licencias informáticas, sistemas y equipos de protección integral, sistemas y equipos de protección contra incendios.”

B. Contratación directa

En segundo lugar, conforme al artículo 5 del decreto, Petróleos de Venezuela, S.A., y sus empresas filiales deben proceder a la compra, adquisición y ejecución de obras mediante la modalidad de contratación directa, en los siguientes casos:

- “1. La compra de materiales y productos químicos, repuestos y equipos relacionados a la actividades de la industria petrolera de: perforación, servicios a pozos, instalaciones de bombeo, estaciones de producción, plantas compresoras y sistemas eléctricos,

²¹ Véase José Ignacio Hernández, “¿De qué se tratan las medidas excepcionales que tomó el gobierno sobre PDVSA?,” en Prodavinci, 17 de abril de 2018, en <https://prodavinci.com/de-que-se-tratan-las-medidas-excepcionales-que-tomo-el-gobierno-sobre-pdvsa/?platform=hootsuite>

oleoductos, gasoductos y poliductos que permitan la operatividad de la industria, químicos y catalizadores, aceites, lubricantes, bases lubricantes y aditivos, equipos y repuestos de la flota vehicular terrestre (liviana y pesada) marítima y aérea, sistemas de generación eléctrica, turbo generadores, turbo compresores, moto compresores y sistemas de control, macollas de producción, fabricación de equipos y sus accesorios.

2. La ejecución de obras de infraestructura necesarias para la industria petrolera.

3. La adquisición de servicios integrales de perforación, mantenimiento de pozos, limpieza, estimulación, cañoneo, completación, mantenimiento de instalaciones, plantas compresoras, estaciones de producción, macollas de producción, líneas de gas y crudos, oleoductos, gasoductos y poliductos, servicios a mejoradores, sistemas de generación eléctrica, pateo de almacenamientos, terminal de almacenaje y embalaje, adquisición y mantenimiento de servicio a las monoboyas, terminales marinos, muelles, plataformas de producción costa afuera, plataformas de carga y descarga de buques, plantas de procesamiento de gas, plantas de extracción y fraccionamiento del LGN, plantas de inyección de gas, sistemas de transporte manejo y distribución de gas, servicios industriales de vapor agua y electricidad, mantenimiento de las plantas intermedias del sistema de refinación nacional, mantenimiento de las unidades de craqueo catalítica, mantenimiento de las unidades de destilación, mantenimiento de trenes de procesos, mantenimiento de unidades profundas del circuito de conversión. En fin, todos los servicios de mantenimiento, sistemas, equipos, dispositivos y operación infraestructura de la petrolera.”

Si las empresas de la industria petrolera pueden, conforme a este artículo, proceder a contratar mediante adjudicación directa todos dichos servicios enumerados en la norma, con ello, en buena parte, ni más ni menos, el decreto 3.368 de 12 de abril de 2018 lo que hizo fue derogar la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos,²² la cual por su “carácter estratégico” reservó al Estado “los bienes y servicios, conexos a la realización de las actividades primarias previstas en la Ley Orgánica de

²² Véase en Gaceta Oficial N° 39.173 del 7 de mayo de 2009.

Hidrocarburos” (Art. 1). Ello implicó que a partir de 2009, los bienes y servicios y sus obras que se reservaron al Estado, o se nacionalizaron conforme a la enumeración del artículo 2 de la Ley Orgánica, fueron precisamente:

- “1. Los servicios de inyección de agua, de vapor o de gas, que permitan incrementar la energía de los yacimientos y mejorar el factor de recobro;
2. Los servicios de compresión de gas; y
3. Los servicios vinculados a las actividades en el Lago de Maracaibo, como los servicios de lanchas para el transporte de personal, buzos y mantenimiento; de barcazas con grúa para transporte de materiales, diésel, agua industrial y otros insumos; de remolcadores; de gabarras planas, boyeras, grúas, de ripio, de tendido o reemplazo de tuberías y cables subacuáticos; de mantenimiento de buques en talleres, muelles y diques de cualquier naturaleza.”

Al redactor del decreto No. 3.368 de 12 de abril de 2018, por lo visto se le “olvidó” que a partir de su entrada en vigencia de la Ley Orgánica de reserva de 2009, las actividades auxiliares y conexas reservadas pasaron a ser ejecutadas “directamente por la República; por Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) o de la filial que ésta designe al efecto; o, a través de empresas mixtas, bajo el control de Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA) o sus filiales,” (Art. 1), excluyendo la posibilidad de que puedan ser ejecutadas por empresas privadas.

Por ello, no se entiende cómo se puede mediante decreto 3.368 establecer normas para la contratación por adjudicación directa con contratistas privados algunos de dichos servicios auxiliares y conexos, constituyendo ello una derogación tácita de la Ley Orgánica de reserva de 2009, mediante un decreto, lo cual por supuesto es inconstitucional.

3. Las obligaciones impuestas a las empresas petroleras contratantes

El artículo 6 del decreto No.3.368 de abril de 2018 dispuso, por otra parte, que los contratantes, es decir, las empresas petroleras del Estado contratantes deben garantizar “el cumplimiento de los principios de racionalidad y eficiencia en las contrataciones a que refiere este

decreto, en atención al máximo interés nacional,” agregando, además, que deben “disponer de mecanismos para optimizar los procesos de consultas de precios y las compras evitando intermediarios y privilegiando la compra directa a productores.”

4. Las previsiones de control

En materia de control de los procedimientos de compras, el decreto se limitó a indicar que el Ministro del Poder Popular de Petróleo debe aportar información trimestral al Presidente de la República y notificar al Contralor General de la República respecto a la ejecución de sus normas (art. 7).

APRECIACIÓN FINAL

Como puede apreciarse de los comentarios anteriores sobre la “Ley Constitucional contra la guerra económica para la racionalidad y uniformidad en la adquisición de bienes, servicios y obras públicas,” la misma, en lugar de contribuir a promover la honestidad, y transparencia en los procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras públicas, y facilitar los mecanismos de control de tales procesos, más bien parece un instrumento diseñado para terminar de desmoronar la vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014, ya bastante deteriorada por las expandidas excepciones que estableció para la aplicación de las licitaciones o concursos, decretando ahora incluso su carácter supletorio respecto de la “Ley Constitucional.”

La misma, en sustitución, y reformando tácitamente dicha Ley de 2014, ahora estableció un sistema absolutamente centralizado para el manejo de las contrataciones públicas en todos los niveles territorial, haciendo desaparecer la autonomía de los Estados y municipios, estableciendo un registro único de contratistas. Con disposiciones llenas de declaraciones principistas en las cuales nadie cree, y con galimatías como el usado para definir la “unidad para el cálculo aritmético del umbral máximo y mínimo,” que no se explica para qué sirve; normas de promoción de un régimen del valor agregado nacional en la contratación pública, cuando no hay aparato productivo y materialmente no hay nada nacional que agregar en el país, por la devastación provocada

en el sector privado, la Ley terminó por definir su objetivo fundamental, que es promover el desarrollo del sistema de economía comunal, establecido en el marco del Poder Popular creado inconstitucionalmente en 2010, conforme al modelo de economía comunista, identificado como los “actores económicos del nuevo tejido productivo.”

La Ley Constitucional de enero de 2018, terminó su articulado estableciendo un régimen de contrataciones pública para las empresas del Estado, para excluirlas de todo régimen de selección de contratistas, lo que dio origen a la regulación mediante decreto, de un régimen especial para la industria petrolera, ampliación de los poderes del Ministerio de Petróleos en relación con la organización, gestión y funcionamiento de las empresas de la industria petrolera, incluyendo PDVSA; y además, un régimen especial de contrataciones de la industria petrolera nacional, eliminando totalmente el sistema licitatorio de la misma, dejando en manos de los funcionarios la contratación por consulta de precios y adjudicación directa, en este último caso, incluso de muchos de los servicios auxiliares y conexos con la actividades primarias, que habían sido nacionalizados en 2009, implicando con ello una inconstitucional derogación de aquella Ley.

La “Ley Constitucional,” en su conjunto, por todo lo anterior, lejos de promover la transparencia y buscar resolver los problemas de la industria petrolera que ha sido totalmente colapsada, con son sus despojos, lo que parece ser es un instrumento para institucionalizar la Cleptoracia.

New York, 18 de abril de 2018

EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN EL EXILIO. PROF. JOSÉ AMANDO MEJÍA BETANCOURT*.

SUMARIO

Introducción: El fracaso de la cohabitación política y la construcción jurisdiccional de la dictadura. I.-Elementos constitucionales que fundamentan la legitimidad del TSJ en el exilio. La violación del Estado de Derecho en Venezuela y la pérdida de la efectiva vigencia de la Constitución. Las cláusulas eternas de la Constitución venezolana. La situación excepcional derivada de la ruptura del orden constitucional. Consideraciones específicas en relación con el Derecho internacional público. Consideraciones jurídico-formales del TSJ en el exilio: Integración y legitimidad institucional del TSJ en el exilio. Desconocimiento del TSJ de la dictadura. II.- La necesidad de accionar ante el TSJ en el exilio para provocar su reconocimiento internacional. El caso de la renovación de un pasaporte. Elementos formales: Competencia. Admisibilidad. Procedimiento. Elementos de hecho y contexto general. La actuación violatoria de los derechos constitucionales. Contexto específico y narrativa de los hechos. La violación de los derechos fundamentales de los venezolanos. Consideraciones relevantes. Conclusiones: La democracia combativa.

* Abogado de la UCAB. Doctor de la Universidad de París (II). Postgrados: DSUP en Finanzas Públicas; DSUP en Derecho Administrativo; DSUP en Derecho Comercial; en la Universidad de París (II). Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada de París y de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Profesor de la Universidad Metropolitana, de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica del Táchira. Fue Consultor Jurídico del Ministerio de Energía y Minas; Director Principal del Fondo de Inversiones de Venezuela; y Vice Ministro de Hacienda (1993-1994). Tiene más de cuarenta artículos publicados y una Tesis de Doctorado. Dedicado al ejercicio profesional y académico del Derecho Tributario, Administrativo y Constitucional.

INTRODUCCIÓN: EL FRACASO DE LA COHABITACIÓN POLÍTICA Y LA CONSTRUCCIÓN JURISDICCIONAL DE LA DICTADURA

Como es bien conocido, la sociedad democrática venezolana obtuvo el 6 de diciembre de 2015 un abrumador y sorprendente triunfo electoral, contra todo pronóstico y enfrentando todo tipo de adversidades, que le permitió obtener una amplia mayoría parlamentaria y el control absoluto de la Asamblea Nacional, en lo que fue el último proceso electoral medianamente legítimo realizado en Venezuela. Con esta victoria electoral se le planteaba al sistema político presidencial venezolano una difícil situación institucional, muy discutida por la doctrina comparada de las ciencias políticas,¹ que consiste en la llamada “cohabitación política”,² entre, por una parte, el Poder Ejecutivo con un presidente surgido de la corriente política oficialista del “chavismo”³ y, por otra parte, la Asamblea Nacional con una nueva y contundente mayoría de la oposición democrática. Ese resultado electoral fue la expresión de la voluntad democrática del pueblo venezolano en ese momento y, de haberse respetado, hubiera podido constituir el comienzo, dentro del Estado de derecho, de una transición política ordenada, ya que, el pueblo había decidido que se compartiera el ejercicio del poder político en Venezuela entre el gobierno y la oposición democrática.

¹ Ver: Juan J. Linz y Arturo Valenzuela. “*Las crisis del presidencialismo*”. Tomo 1. “*Perspectivas comparativas*”. Tomo 2. “*El caso de Latinoamérica*”. Alianza Editorial. Madrid. 1997-1998.

² Término tomado de la doctrina francesa, que se refiere a aquella situación político constitucional, característica de los regímenes políticos presidenciales, donde el poder ejecutivo y el poder legislativo están bajo el control de partidos y tendencias políticas opuestas y enfrentadas. Pero que deben convivir respetando escrupulosamente las reglas constitucionales.

³ El “chavismo” se refiere a la corriente política identificada con el pensamiento, trayectoria y personalidad del fallecido ex-presidente Hugo Chávez, que gobernó a Venezuela entre 1999 y 2012.

La “cohabitación política” es una delicada y complicada situación constitucional, típica de los sistemas presidenciales con una separación rígida de poderes, que, como lo ha señalado la doctrina y la experiencia internacional es muy difícil de manejar⁴ y requiere, por lo tanto, la presencia de hombres con envergadura política, experiencia en el manejo de los asuntos públicos, capaces profesionalmente y respetuosos del Estado de derecho, que actúen con lucidez institucional y realidad democrática. Pero, el Gobierno “chavista”, sometido y controlado estrechamente por la dictadura cubana, ante la pérdida de las elecciones parlamentarias decidió no acatar la voluntad popular, ignorar la Constitución y evolucionar hacia el autoritarismo, instalando una típica y vulgar dictadura militar a la latinoamericana en pleno siglo XXI.⁵

Otra hubiera sido la historia del “chavismo” como corriente política si hubiera cohabitado políticamente con la oposición democrática respetando el orden constitucional⁶; cosa que resulto imposible, cuando, poco apoco, al ritmo de los acontecimientos, comenzó a conocerse con más precisión y certeza el historial delincencial del régimen “chavista”, mantenido oculto cuidadosamente, para que no se supiera de sus carnales vinculaciones con el narcotráfico, su solapada, maliciosa y corrupta estructura militar autoritaria y su increíble y despreciable sujeción y sometimiento a la dictadura cubana,⁷ lo que

⁴ Juan J. Linz. *“La quiebra de las democracias”*. Alianza Editorial. Madrid. 1996.

⁵ La dictadura cubana vio el inminente peligro de que pudiera cortarse la enorme asistencia financiera que recibe de Venezuela a cambio de nada y que le ha permitido sobrevivir durante los últimos dos decenios y enriquecer a sus dirigentes.

⁶ Ver: Teodoro Petkoff. *“Dos izquierdas”*. Alfadil. Caracas. 2005.

⁷ El alto mando militar cubano-venezolano y la corrupta cúpula militar chavista, es decir, la alta gerencia de las Fuerzas Armadas Venezolanas, mantiene y defiende los intereses específicos de Cuba, de la corrupción y del narcotráfico. Lo que constituye un equilibrado bloque de intereses que se conserva por todos los que se benefician de él, cueste lo que cueste. Por ejemplo, recientemente, el Vice Ministro cubano Rogelio Sierra de asuntos exteriores declaró en Lima, con todo desparpajo y mucho cinismo, durante una reunión internacional, lo siguiente: “Hay hechos que prueban fehacientemente nuestra amistad y nuestra defensa de Venezuela”; y que la solidaridad con Venezuela “no está en discusión”. Ver: El-Nacional.com de 13-4-2018 Y, también el dictador de Venezuela afirmaba lo siguiente: “Maduro declaró que durante su viaje a Cuba se reunirá con el presidente electo por la Asamblea Nacional de la isla para “visualizar el futuro y sobre todo ratificar la hermandad y unión entre Cuba y Venezuela”. Ver: El-Nacional.com de 20-4-2018. No hay dudas, que se ha producido una grave e inaceptable erosión de la soberanía venezolana en beneficio del Estado cubano, fomentada y provocada por la propia dictadura militar venezolana.

precipitó el derrumbe irreversible del “chavismo” como movimiento político popular.⁸

Para evadir la “cohabitación política” con la Asamblea Nacional, el gobierno “chavista”, finalmente, decidió quitarse la máscara y transformarse y metamorfosearse en una cruel dictadura militar. Ejecutando una masiva, sanguinaria, brutal e implacable represión contra el pueblo venezolano, persiguiendo a fuego a ciudadanos desarmados que protestaban pacíficamente. Liderada y realizada por los militares venezolanos, actuando en conjunto con sus instrumentos represivos tanto policiales como paramilitares y, con apoyo de los asesores de la dictadura cubana que, según muchas evidencias, intervinieron directa y materialmente con criminal frialdad en los actos represivos.⁹ Durante el primer semestre del año 2017, la dura y despiadada represión política dejó un saldo de más de 150 venezolanos asesinados y miles ciudadanos heridos, perseguidos, encarcelados y torturados.¹⁰

La dictadura ha utilizado sistemáticamente al Tribunal Supremo de Justicia como instrumento primordial para intentar una falsa consolidación institucional, crear una engañosa y aparente fachada jurídica y violar abierta y sistemáticamente la Constitución haciéndole perder su efectiva vigencia.¹¹ Pero, sobre todo, lo que más llama la atención de

⁸ Conforme a los resultados de la consulta popular del 16-6-2017 organizada por la oposición democrática y a la expresión de la abstención en los comicios organizados por la dictadura el 30-6-2017, cerca del 90 % de los ciudadanos rechazan a la dictadura militar, lo que es una cifra cercana a casi 9 de cada 10 venezolanos. Ver: Nelson Bocaranda. *runrún.es*. Los Runrunes de Bocaranda de hoy 01.08.2017: ALTO: Ilegal.

⁹ “El Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea) afirmó que el gobierno de Maduro registra la más alta cifra de abusos contra los venezolanos y de impunidad”. “Solo en el gobierno se registraron 210 muertes, de las cuales 70% fueron producidas por funcionarios de la seguridad estatal y paramilitares”. Ver: *El-Nacional.com* de 21-4-2018.

¹⁰ Hay que recordar que esta es la cuarta vez que el “chavismo” arremete violentamente contra el pueblo venezolano, dejando una estela de sangre y muerte: primero, con los alzamientos militares del año 1992; segundo, en los eventos de abril de 2002; tercero, contra las protestas del año 2014, particularmente en los Estados andinos de Táchira y Mérida; y cuarto, en el año 2017 durante la insurrección civil contra la dictadura militar. Hugo Chávez en sus intervenciones públicas, solía decir que su revolución era pacífica pero armada.

¹¹ Este artículo se inscribe dentro del marco de otros que he escrito recientemente sobre la situación política venezolana, denominados: **“El poder de la sociedad civil contra las armas de la dictadura”**. De octubre 2017. Publicado en la *“Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica”*. (REDIAJ-14). Número 14. Diciembre 2017.

esta farsa política es que se ha venido ejecutando mediante un burdo, primitivo y descarado montaje jurisdiccional, a través de las decisiones de la Sala Constitucional que el gobierno controla a sus anchas.¹²

Así, el actual Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela expresó lo siguiente: “En los días 27 y 29 de marzo de 2017, la Sala Constitucional publica las catastróficas Sentencias 155 y 156, mediante las cuales consolida la ruptura del orden constitucional y destruye definitivamente las apariencias democráticas del régimen político, con la usurpación definitiva de las atribuciones de la Asamblea Nacional”.¹³ “En dichas sentencias -según pronunciamiento de las siete Academias Nacionales de Venezuela- la Sala Constitucional (i) se atribuye a sí misma competencias legislativas de la Asamblea Nacional y la facultad de delegarlas en quienes y cuando lo considere conveniente; (ii) atribuye competencias legislativas al Presidente de la República y le ordena ejercerlas por encima de la reserva de las competencias

www.estudiosconstitucionales.com. Pág. 1863-1885. *“El desconocimiento del alto mando militar”*, de julio de 2017; y *“Los desafíos de la insurrección civil contra la dictadura”*, de junio de 2017; ambos publicados en la *“Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica”*. (REDIAJ-13). Número 13. Julio 2017. www.estudiosconstitucionales.com. *“Reflexiones sobre la hoja de ruta de la dictadura: La eliminación del derecho de propiedad”*, de mayo 2017; publicado en: *“Reporte Católico Laico”*. (<http://reportecatolico.com/2017/05/reflexiones-sobre-la-hoja-de-ruta-de-la-dictadura-la-eliminacion-del-derecho-de-propiedad/>). *“El deber de la sociedad civil de desconocer a la dictadura”*, de marzo de 2017. *“El deber de la Asamblea Nacional de desconocer a la Sala Constitucional”*, de abril 2016; publicado en la *“Revista Tachirensis de Derecho”* (electrónica). Número 27. Enero-Diciembre 2016. San Cristóbal, Estado Táchira: www.ucat.edu.ve; y en el portal: www.soberania.org. *“La vocación constituyente de la nueva Asamblea Nacional”*, de febrero 2016; *“El reto de la Democracia Cristiana ante la barbarie inconstitucional del poder en Venezuela”*, de junio 2016. Publicado en: (<https://archivoprimerpoderac.blogspot.com/2016/06/el-reto-de-la-democracia-cristiana-ante.html>) (Que han circulado por internet). Y, *“Hacia la democracia parlamentaria en Venezuela”*; por publicarse en el Libro Homenaje al Profesor francés Franck Moderne.

¹² Situación denunciada ampliamente en Venezuela por la Conferencia Episcopal Venezolana, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y por el mundo académico universitario, e, internacionalmente, por numerosos Estados democráticos, organizaciones internacionales y, particularmente, por el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro. Ver: El conjunto de informes, documentos y declaraciones del actual Secretario General de la OEA Luis Almagro. www.oas.org

¹³ Gabriel Ruan Santos: *“El Secuestro del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela”*. Presentado en el “I Encuentro Iberoamericano de Academias homólogas a la RACMYP”. Madrid. Octubre 2017. P. 10.

del órgano legislativo; (iii) limita la inmunidad parlamentaria, mientras permanezca lo que ha llamado “situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional”. En particular, la Sentencia 155, (iv) le otorga al Presidente de la República los poderes más amplios que haya tenido ciudadano alguno en la historia republicana venezolana, en violación del principio de separación de poderes, y desmonta el sistema de controles y contrapesos establecidos en la Constitución para el correcto funcionamiento entre las ramas del Poder Público, con el efecto de instaurar una concentración de poderes totalmente contraria a los principios y normas de la Constitución. Por lo tanto, la Sala Constitucional usurpó en modo flagrante la autoridad legislativa y se permite dictar normas y órdenes que solo corresponderían al Poder Constituyente, razón por la cual sería forzoso concluir que las Sentencias 155 y 156 carecen de efectos y son nulas, además hacen responsables a quienes las dictaron, según lo previsto en los artículos 25 y 138 de la Constitución”.¹⁴ De esta manera, el gobierno evadió la “cohabitación política” con la legítima Asamblea Nacional, controlada por una mayoría abrumadora y absoluta de la oposición democrática.

A partir de entonces, se terminó de romper definitivamente el hilo constitucional en Venezuela, se instaló una insolente y violenta dictadura militar y la Constitución perdió su efectiva vigencia.¹⁵ Siendo pues la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el instrumento ejecutor de todo este proceso de construcción e instalación de un régimen autoritario. “La demolición institucional del parlamento, por obra de la colusión del Poder Ejecutivo Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia, ha tenido múltiples vías o manifestaciones”.¹⁶ Lo que activó, como veremos, la aplicación excepcional de los artículos 333 y 350 de la Constitución,¹⁷ el desconocimiento de la Sala Constitucional por

¹⁴ Ídem. P. 10. Y, en: Declaración de las Academias Nacionales ante las Sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional. 31-03-2017, www.acienpol.org.ve (pronunciamientos).

¹⁵ Ver: Acceso a la Justicia. www.accesoalajusticia.org

¹⁶ Gabriel Ruan Santos: “*El Secuestro del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela*”. Presentado en el “I Encuentro Iberoamericano de Academias homólogas a la RACMYP”. Madrid. Octubre 2017. P. 7.

¹⁷ **Constitución. Artículo 333:** “Esta Constitución no perderá su efectiva vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no

la Asamblea Nacional y la instalación de un Tribunal Supremo de Justicia en el exilio (TSJ en el exilio).

Luego de un tenso debate nacional y un complicado y accidentado proceso de negociaciones y decisiones políticas, derivado de un comportamiento ambivalente, ambiguo y contradictorio de la dirigencia opositora, se generó mucho desconcierto en la sociedad civil.¹⁸ Pero, a pesar de todo, la nueva mayoría parlamentaria de la Asamblea Nacional, finalmente, en el mes de julio del 2017, año y medio después de haber asumido el control de la Asamblea Nacional, logró el consenso necesario y tomó la decisión de integrar el Tribunal Supremo de Justicia designando trece magistrados principales,¹⁹ que al ser perseguidos por la dictadura tuvieron que expatriarse e instalarse en el exilio.²⁰

Lo más significativo y el hecho importante a destacar aquí, es, que la legítima Asamblea Nacional eligió también legítimamente a los magistrados que integran y constituyen el Tribunal Supremo de Justicia instalado en el exilio. Por lo tanto, a partir de ahora, de lo que se trata es de lograr que aquellos Estados que conforman la comunidad de naciones democráticas, le reconozcan al “TSJ en el exilio” su indiscutible legitimidad constitucional y respeten sus decisiones cuando estas tengan efectos jurídicos fuera del territorio de Venezuela.

de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”.

Artículo 350: “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

¹⁸ En efecto, las protestas y la lucha de la sociedad civil contra la dictadura durante los eventos del año 2017, estuvieron muy cerca de derribarla. Pero, las protestas fueron enfriadas, interrumpidas y detenidas irresponsablemente por la propia dirigencia partidista opositora, que se acogió al llamado a elecciones regionales y locales hecho por la dictadura y en las cuales participaron atropelladamente a empujones, sin un respaldo significativo de la sociedad civil.

¹⁹ Ver: El parlamento sólo eligió a 13 magistrados principales y 20 suplentes para suplir a los nombrados de manera “exprés” en 2015. <https://www.lapatilla.com/site/2017/10/13/analisis-tsj-en-el-exilio/>

²⁰ Hay que tener en cuenta que el verdadero y genuino fundamento constitucional de todo este proceso son los artículos 333 y 350 de la Constitución, aunque en los actos formales de la Asamblea Nacional no sean citados, se invoquen otros artículos constitucionales y se hagan referencias a procedimientos y dispositivos legales. Y, a pesar que una buena parte de la clase política opositora, no comprende ni acepta su contenido, alcance constitucional, e ignoran que son normas constitucionales.

El asunto venezolano es novedoso, porque hasta ahora, usualmente, lo que se había planteado ante gobiernos dictatoriales era constituir un “gobierno en el exilio”. Un caso famoso fue el Gobierno francés en el exilio, constituido en Londres a comienzos de la Segunda Guerra Mundial por el General Charles De Gaulle, cuando Francia se escindió en dos gobiernos iniciándose un periodo de dualidad de gobiernos. Pero, la nueva situación consiste en que el Poder Judicial venezolano ya se escindió en dos Tribunales Supremos de Justicia, uno establecido en territorio venezolano bajo el control de la dictadura y, otro, legítimamente constituido e instalado en el exilio. Iniciándose un periodo excepcional de dualidad de Tribunales Supremos de Justicia en Venezuela, lo que hace surgir una nueva manera de enfrentar gobiernos dictatoriales a partir de consideraciones jurídico-constitucionales bajo el control de los jueces.

En efecto, hasta ahora, se han privilegiado en la lucha contra las dictaduras a nivel internacional las acciones de naturaleza política como, por ejemplo, la mencionada de constituir un “gobierno en el exilio”. Pero, con el caso venezolano, se está poniendo en obra una nueva fórmula para enfrentar a un gobierno dictatorial, con acciones de naturaleza jurídica, como, por ejemplo, a partir de constituir un “Tribunal Supremo de Justicia en el exilio”. Que ejercerá la soberanía jurisdiccional del Estado venezolano en el exterior y cuyas decisiones judiciales que tengan efectos en el extranjero, sean respetadas por los demás Estados democráticos que conforman la comunidad internacional. De esta manera será el propio sistema jurídico democrático de Venezuela el que se defienda a sí mismo, con sus propios medios constitucionales y al asumir las decisiones pertinentes a nivel internacional.

Podemos considerar también, por ejemplo, que no es lo mismo que un Estado extranjero establezca unilateralmente un embargo petrolero o comercial contra Venezuela, a que se haga desde el propio sistema constitucional venezolano, por el “TSJ en el exilio”. Decisiones de esta envergadura deben ser tomadas desde y dentro del Estado de derecho constitucional venezolano, bajo el control de los jueces tanto del “TSJ en el exilio”, como por los jueces de los Estados donde esas decisiones tengan efectos y deban ser ejecutadas.

Abriéndose de esta manera, un enorme abanico de posibilidades para aislar internacionalmente a la dictadura, impedir que ella tenga

control sobre la inmensa comunidad de venezolanos que viven en el exterior, e imposibilitar que maneje los intereses fundamentales de Venezuela, especialmente los petroleros, de manera irresponsable en el extranjero.²¹ Por ejemplo, que continúe contrayendo precipitadamente una inmensa deuda pública externa; que mantenga un manejo irresponsable del delicado tema de las disputas y controversias limítrofes que tiene Venezuela con sus vecinos, donde la negligencia hasta ahora ha sido muy dañina a los intereses nacionales y evitar cualquier imprudente arreglo limítrofe hecho por la dictadura; e imposibilitar que siga utilizando los recursos petroleros y naturales de Venezuela de manera alocada, irresponsable y sin control alguno.²²

I. ELEMENTOS CONSTITUCIONALES QUE FUNDAMENTAN LA LEGITIMIDAD DEL TSJ EN EL EXILIO

Mediante el reconocimiento internacional de la legitimidad Tribunal Supremo de Justicia en el exilio (TSJ en el exilio), se asegura su capacidad para hacer cumplir sus decisiones cuando ellas tienen efectos en el extranjero. Y, el Tribunal, obviamente, no puede subsistir sin que su legitimidad sea compartida por los Estados democráticos extranjeros y por la gran mayoría de los venezolanos. La legitimidad del “TSJ en el exilio” se apoya primordialmente, pues, en el respeto al Estado de derecho y en el deber que tienen todos los ciudadanos de hacer lo que sea necesario para restablecer la efectiva vigencia de la Constitución.²³

²¹ Los militares venezolanos sostienen a la dictadura contra viento y marea, a cambio de que se les permita enriquecerse sin control, fundamentalmente, mediante la apropiación de la renta petrolera. Esta es la miserable, verdadera y triste razón del comportamiento del estamento militar venezolano en este momento histórico y de su insólita irresponsabilidad ante el pueblo y la sociedad toda. Por ello, es absolutamente necesario asfixiar financieramente al gobierno dictatorial, de manera que no pueda acceder ni disponer de la renta petrolera. Jurídicamente ésta es la tarea más importante que, como veremos, puede cumplir el “TSJ en el exilio”.

²² Para nadie es un secreto que el gran interés de Cuba por Venezuela se debe básicamente a los grandes ingresos que recibe Venezuela por la explotación petrolera, donde una parte sustancial es transferida directamente a la dictadura “cubana”. Y que, la dictadura “chavista” apuesta para mantenerse en el poder, a que se produzca un alza de los precios del petróleo en el mercado internacional que la oxigene financieramente.

²³ Dentro del Estado de derecho la noción de legitimidad es entendida como conforme a derecho; además de la importancia básica que tiene para las ciencias políticas y sociales, en las

Una democracia tiene como fundamento el acatamiento de los procedimientos y de las reglas de juego constitucionales, de ahí se deriva que la soberanía de Venezuela tiene que estar afirmada, asentada y asegurada por la Constitución. La novedad en este caso, consiste en que nada impide que el ejercicio efectivo a nivel internacional de la soberanía del Estado Venezolano, esté bajo el control del “TSJ en el exilio”, mientras dure la situación excepcional de restauración del orden democrático. Ante esta situación, serán los sistemas jurídico-constitucionales de los Estados extranjeros los que realmente le otorguen la legitimidad al “TSJ en el exilio” y, para ello, dispondrán lo necesario para que sus decisiones sean efectivas en sus territorios.

“Ningún tipo de legitimidad se encuentra en forma pura en ninguna sociedad”,²⁴ por lo que hay que entender que, durante el periodo excepcional de ruptura del orden constitucional en Venezuela, la noción mínima de legitimidad es por tanto relativa. Y, que, en todo caso, el “TSJ en el exilio” es el único Tribunal que puede asegurar y contribuir al restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución venezolana, dado el carácter mixto de su legitimidad: internamente, sustentada en la Constitución como acto interno fundacional del Estado venezolano y, externamente, en el reconocimiento internacional por los Estados democráticos. Legitimidad que es fruto, además, de una amplia movilización de la sociedad civil y de la lealtad de la gran mayoría de los venezolanos con la Constitución, particularmente, por los miles de ciudadanos que han emigrado al extranjero. Lo que constituye, al mismo tiempo, todo un proceso generador de legitimidad, donde la democracia se considera de una entidad mayor que el autoritarismo, o, lo que es lo mismo, entender que Venezuela es una gran democracia con una dictadura castro-comunista incrustada violentamente por dentro.²⁵

cuales, la legitimidad es entendida como la aceptación voluntaria de la autoridad y del uso por ella de la “violencia legítima”.

²⁴ Como decía Max Weber citado por Juan J. Linz. “*La quiebra de las democracias*”. Alianza Editorial. Madrid. 1996. P. 41.

²⁵ Donde su razón de ser y su interés fundamental no es ideológico, sino el de apropiarse de la renta petrolera de un país que tiene en su territorio las mayores reservas de petróleo del mundo occidental.

El reconocimiento del “TSJ en el exilio” por la comunidad de naciones democráticas, significaría superar, en definitiva, las ambivalencias que imponen las presiones internacionales, direccionar el comportamiento de los Estados democráticos hacia el respeto de la democracia venezolana y consolidar un liderazgo de la sociedad civil comprometida con la defensa del orden constitucional. De no producirse ese reconocimiento del “TSJ en el exilio”, sería aceptar dócilmente la pretensión de la dictadura venezolana de que se admita internacionalmente que el Estado democrático ha sido destruido y sustituido por ella.

La legitimidad del “TSJ en el exilio” se fundamenta, en definitiva, en un conjunto de circunstancias y nociones muy importantes de orden constitucional. El punto de partida lo constituye el hecho de que en la nueva Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015, la oposición democrática pasó a tener una larga mayoría parlamentaria. Luego se produjo la violación del Estado de Derecho en Venezuela y la pérdida de vigencia de la Constitución, cuando el gobierno no cumplió con su deber constitucional de cohabitar con la Asamblea Nacional. La Sala Constitucional fue el órgano del Poder Judicial que, en lugar de asegurar la protección y vigencia de la Constitución, para lo cual fue creada por la propia Constitución, se transformó en el instrumento de la dictadura para violarla y dejarla sin vigencia efectiva. Felizmente la propia Constitución venezolana había previsto esta posible situación y, por ello, incluyó dentro de su texto cláusulas eternas o intangibles, concebidas para restituir la vigencia de la Constitución por los ciudadanos. Todo lo cual, dio origen a una situación excepcional que tiene un gran impacto dentro del Derecho Internacional Público contemporáneo y democrático.

La violación del Estado de Derecho en Venezuela y la pérdida de la efectiva vigencia de la Constitución

El reconocimiento internacional del “TSJ en el exilio”, se encuadra jurídicamente de manera general en el hecho de que se ha producido una ruptura del orden constitucional en Venezuela, que le ha hecho perder su efectiva vigencia a la Constitución y que se han contrariado los valores, principios y garantías previstas en ella. Lo que ha provocado una

permanente, gravísima y flagrante violación de los derechos humanos a gran escala, por parte de los órganos, autoridades, personeros y colaboradores de la dictadura; apoyados en una legislación de excepción impuesta por el Presidente dictador de la República²⁶ y, sobre todo, mediante un conjunto de decisiones jurisdiccionales dictadas por la Sala Constitucional de la dictadura.²⁷ Produciéndose, pues, una violación abierta del orden constitucional por el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, específicamente, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sometida y bajo el control de la hoy dictadura venezolana, siendo lo más grave, que es el órgano jurisdiccional creado por la propia Constitución para asegurar su defensa y protección.²⁸

Esta gravísima negligencia en el ejercicio de sus funciones de la Sala Constitucional como guardián de la Constitución y de su voluntad de transgredir ella misma la Constitución que la ha instaurado, plantea la vieja cuestión en Derecho constitucional de que “no hay guardián para controlar y vigilar el guardián”. “De ahí la inmensa paradoja verificada muchas veces, que el Derecho Constitucional en razón misma de su supremacía, aparece más frágil y más inestable que las reglas inferiores, las cuales él determina su creación”.²⁹ Esta situación para los autores clásicos tenía una solución apelando a la conciencia cívica, jurídica y democrática de los jueces, pero, como veremos, en el Derecho constitucional contemporáneo tiene una solución apelando directamente a los ciudadanos y a la sociedad civil, al establecerse en la Constitución venezolana el deber de los ciudadanos de colaborar

²⁶ Ver: Manuel Rachadell. *“Evolución del Estado Venezolano 1958-2015: de la Conciliación de Intereses al Populismo Autoritario”*. EDJV-FUNEDA. Caracas. 2015. Y, Gabriel Ruan Santos: *“El Secuestro del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela”*. Trabajo presentado en el “I Encuentro Iberoamericano de Academias homólogas a la RACMYP”. Madrid. Octubre 2017.

²⁷ Ver una secuencia de todo este proceso de construcción jurisprudencial del autoritarismo durante el año 2016 en: Revista de Derecho Público: número 145 – 146. Enero – Junio 2016. Y, número 147 – 148. Julio -Diciembre 2016. EJV. Caracas. <http://allanbrewercarias.com>

²⁸ Ver el trabajo del Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Gabriel Ruan Santos: *“El Secuestro del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela”*. Presentado en el “I Encuentro Iberoamericano de Academias homólogas a la RACMYP”. Madrid. Octubre 2017.

²⁹ Frédéric Rouvillois. *“Droit constitucional”*. Tomo I. Champs-université. París. 2015. P.11.

en el restablecimiento de su efectiva vigencia, mediante la aplicación de las cláusulas eternas previstas en la propia Constitución venezolana.

Las cláusulas eternas de la Constitución venezolana

La Constitución contiene en sus artículos 333 y 350,³⁰ lo que la doctrina y el Derecho constitucional comparado denominan normas o cláusulas “eternas”, “intangibles” o “pétreas”.³¹ A partir de la existencia de esas cláusulas eternas (“d’éternité” – “ewigkeitsklauseln”) en la Constitución venezolana, ella nunca pierde su vigencia y los ciudadanos (investidos o no de autoridad), así como la sociedad civil en su conjunto, tienen el deber de colaborar en el restablecimiento de su vigencia efectiva. Sin que se señale cómo debe ser esa colaboración ni bajo que modalidades, otorgando una completa libertad de acción al ciudadano para diseñar los medios y ordenar las medidas necesarias que permitan el restablecimiento de su efectiva vigencia. Solo se puede decir que tal colaboración únicamente puede tener como límite superior la protección de los derechos fundamentales y como pre-condición constitucional, que esté encaminada a lograr el restablecimiento de la Constitución, sin que se pueda alterar esa finalidad pre-establecida en las “normas intangibles”.

Todo ello queda en evidencia por la existencia misma de este “TSJ en el exilio”. Situación que ha provocado al menos seis hechos jurídico-constitucionales de gran envergadura que debemos destacar: **el primero**, consiste precisamente en que se han activado los artículos 333 y 350 como “mecanismos de defensa de la Constitución”,³² que actúan como

³⁰ **Constitución. Artículo 333:** “Esta Constitución no perderá su efectiva vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”. **Artículo 350:** “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

³¹ Luc Heuschling. “État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law”. Dalloz. París. 2002. P. 609.

³² A diferencia de los “mecanismos de protección constitucional”, como por ejemplo el Recurso de inconstitucionalidad, que permiten reaccionar frente a cualquier infracción de sus normas positivas.

legítima cobertura de todas las acciones que se ejecuten con la finalidad de restablecer el orden constitucional, cubren la responsabilidad de los ciudadanos y aseguran necesariamente la legitimidad del “Tribunal en el exilio”. **En segundo lugar**, como consecuencia de lo anterior, se ha iniciado un periodo excepcional (que consiste en una situación extraordinaria), durante el cual, todo ciudadano investido o no de autoridad tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución. **En tercer lugar**, esa fórmula técnico-jurídica amplia de colaboración establecida en la Constitución es completamente abierta. Que, como hemos dicho, solamente tiene como limitación superior el respeto a los derechos humanos y una direccionalidad colaborativa para lograr el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución. Dejando en las libres manos de los ciudadanos investidos o no de autoridad, la responsabilidad de actuar y disponer lo que sea necesario para el restablecimiento del orden constitucional. **En cuarto lugar**, que el pueblo de Venezuela desconocerá cualquier régimen, legislación, autoridad y cualquier acto, en particular cualquier decisión jurisdiccional, que contraríe los valores, principios y garantías democráticos, menoscabe los derechos humanos o le haga perder su efectiva vigencia a la Constitución. **En quinto lugar**, que la Constitución no perderá su efectiva vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuera derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. Y, **en sexto lugar**, que esta situación excepcional es limitada en el tiempo hasta que se restablezca la efectiva vigencia de la Constitución.

Estas normas eternas e intangibles acogidas en la Constitución venezolana, son una categoría normativa que la doctrina comparada y particularmente la alemana, denomina “la defensa de la Constitución”. Que hace referencia a cómo reaccionar frente a una infracción de tal envergadura que le haga perder su vigencia efectiva a la Constitución y contra los “enemigos de la Constitución”. Expresión característica también de la doctrina alemana de la llamada “democracia combativa”, que parte “de la idea de que no pueden beneficiarse de los favores de la democracia los enemigos del sistema democrático”.³³ Para impedir,

³³ Francisco Bastida. Joaquín Varela. Juan Luís Requejo. “*Derecho Constitucional*”. Ariel. Barcelona. 1999. P. 172.

como fue el ejemplo histórico alemán de la Constitución de Weimar, que “la Constitución republicana, llevada de su propia “indiferente” neutralidad, no había dispuesto los medios adecuados para poner freno a sus más acérrimos enemigos; tratando a todos por igual, terminó por auto-inocularse el veneno de su destrucción. Nada mejor, en 1949, para evitar que aquello volviera a repetirse, que sustituir el modelo de democracia “indiferente” de 1919, por otro “militante” y “combatiivo” que no diera opción a los enemigos del sistema”.³⁴

En base a lo cual, la legítima Asamblea Nacional de Venezuela designó el “TSJ en el exilio”, iniciándose una situación excepcional en el orden interno e internacional.

La situación excepcional derivada de la ruptura del orden constitucional

La activación de los artículos 333 y 350 de la Constitución abre un periodo que la doctrina denomina “situación excepcional”.³⁵ La misión del “TSJ en el exilio” es, esencialmente, restaurar las condiciones de hecho y de derecho que hagan posible de nuevo la vigencia de la Constitución. Tiene como función primordial, vigilar y controlar la vuelta a la normalidad constitucional y disponer lo necesario para que se regularice y restituya el orden constitucional. Por lo que puede, como dice la doctrina que ha reflexionado sobre este tema, “actuar prescindiendo de algunas de las limitaciones que para casos ordinarios la Constitución impone a sus órganos y alterando el orden competencial previsto para tales casos”.³⁶ Se trata, pues, de “una actuación que suspende parcialmente la aplicación de las reglas jurídicas establecidas para tiempos normales, afín de salvar la Constitución en su totalidad”. “De una actuación destinada a crear la situación de normalidad sobre la que se sustenta la vuelta en vigencia de la Constitución”. “De restaurar las condiciones de hecho que hagan posible la vigencia de la Constitución establecida”.³⁷

³⁴ Ídem. P. 172.

³⁵ Manuel García Pelayo. “*Derecho Constitucional Comparado*”. Fundación García Pelayo. Caracas. Caracas. 2005. P. 162.

³⁶ Ídem. P. 165.

³⁷ Ídem. P. 165.

Actuación cuya duración está rigurosamente “condicionada” a la restauración de la normalidad del orden constitucional. Circunstancias que conducen a una especie de Derecho Público de los periodos de crisis, “tratando de conciliar el derecho establecido y los derechos del ciudadano con la exigencia de mantener el orden en tiempos turbulentos”.³⁸ Todo lo cual lleva, como lo señala la doctrina, a un Derecho excepcional para tiempos y situaciones excepcionales.³⁹

Aquí estamos hablando de aquellas situaciones en que se ha producido una alteración grave del sistema constitucional, es decir, “supone una seria alteración de las instituciones políticas, una pérdida de efectividad o eficacia, y probablemente de legitimidad, que produce una ruptura temporal de la autoridad del régimen”.⁴⁰ Que conlleva a un re-equilibrio del sistema democrático durante la situación excepcional derivada de la ruptura del orden constitucional. Los ciudadanos tienen necesariamente que actuar con la finalidad de reestablecer la efectiva vigencia de la Constitución, salvar la esencia de la democracia y pueden reforzar su legitimidad después mediante un proceso democrático posterior que convalide lo actuado. De estos criterios derivan las condiciones que se dan en esta situación excepcional, prevista por la Constitución para restablecer su efectiva vigencia, es decir, a fin de restablecer la democracia.

Consideraciones específicas en relación con el Derecho internacional público

Las repercusiones que la presente causa pueden tener en relación al Derecho Internacional Público son novedosas y de mucha importancia para la comunidad de naciones democráticas preocupadas por la situación venezolana.

El Derecho Internacional Público se refiere y se relaciona con la existencia del Estado a nivel internacional y en el concierto de las Naciones y Estados soberanos. Es un típico derecho de la soberanía del Estado y responde a la voluntad de los Estados de vivir en conjunto.

³⁸ Idem. P. 168.

³⁹ Ídem. P. 163.

⁴⁰ Juan J. Linz. “*La quiebra de las democracias*”. Alianza Editorial. Madrid. 1996. P. 152.

Tiene una vocación universal y mantiene relaciones esenciales y delicadas con la soberanía de los Estados, que en la realidad son relaciones con sus gobernantes. En base a la igualdad soberana de los Estados se desprende el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Por ello, durante mucho tiempo, el Derecho Internacional Público es un derecho mudo en el espacio jurídico cerrado de las relaciones entre Estados soberanos y particularmente entre los gobiernos de esos Estados. De ahí que, el gobierno de un Estado es una estructura global que absorbe todos los componentes del Estado.

Pero, como veremos, con el presente asunto esa situación va a cambiar significativamente. Hasta ahora, el Derecho Internacional Público no mantiene casi ninguna relación con los otros Poderes del Estado ni con el Derecho interno y, así, sus reglas no son aplicables o poco aplicables al Derecho interno. Este es el clásico análisis dualista que hace la doctrina, por lo que, la cortina de hierro de la soberanía estatal representada por el gobierno de un Estado, separa e impide la interrelación entre el orden interno del Estado y el orden internacional. Por ejemplo, detrás de esta situación se refugian y actúan en el orden internacional gobiernos dictatoriales como el venezolano. Aunque es de sobra conocido, que, en los Estados democráticos organizados bajo el principio de la separación de poderes, las decisiones judiciales suelen y pueden tener una amplia repercusión internacional.

De manera que, por mucho tiempo, solo los gobiernos de los Estados, aun siendo dictaduras, han sido los únicos actores y protagonistas relevantes en la escena internacional, del Derecho Internacional Público y en las relaciones con otros Estados; lo que se ha formalizado en los tratados internacionales. Por lo que, los derechos y obligaciones que les conciernen a los Estados las repercuten sobre sus ciudadanos nacionales. Por ello, la contribución internacional para actuar frente a gobiernos dictatoriales es limitada, de poca eficacia y solo de manera excepcional, se pueden dictar medidas que se impongan a los gobiernos autoritarios de Estados soberanos; lo más frecuente es que su aporte sea indirecto, por ejemplo, con sanciones y embargos a los Estados y mediante medidas financieras que se pueden tomar contra personajes de las dictaduras.

Pero, como veremos en el presente caso, una nueva situación a nivel internacional se está diseñando que reconoce a los individuos y a la sociedad civil democrática de los Estados, como nuevos sujetos de Derecho Internacional, a los cuales, ese Derecho les confiere directamente y no más por vía de sus gobiernos autoritarios, derechos y responsabilidades, lo que los hace sujetos activos que pueden desenvolverse en la escena internacional.

Se trata de “jurisdiccionalizar” las relaciones internacionales, que además es una característica de la evolución contemporánea de las relaciones internacionales, lo que significa que el recurso al Derecho y a una corte de justicia se ha añadido a las relaciones políticas entre los gobiernos de los Estados. El surgimiento de una nueva fase en la “jurisdiccionalización” de las relaciones internacionales, como en el presente caso, significa un avance democrático significativo del Derecho Internacional y permite socavar el monopolio que tienen sobre las relaciones internacionales los gobiernos autoritarios de Estados soberanos.

Se trata de un mecanismo jurisdiccional excepcional en el orden internacional, que reposa sobre la protección jurídica de los ciudadanos, frente a la violación del Estado de Derecho y el atropello de los derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de la dictadura venezolana y, también, en este caso, por parte de la dictadura cubana que ha actuado en conjunto con el delincuencial narco-Estado Venezolano y sus esbirros y secuaces. Esta situación novedosa se plantea cuando la actuación internacional de la dictadura venezolana es sometida ante una legítima jurisdicción venezolana, a la cual no pueden sustraerse ni eludir. Creándose la posibilidad de un control soberano y jurisdiccional de la actuación de la dictadura a nivel internacional, ejercido por un legítimo tribunal venezolano abierto a los ciudadanos nacionales venezolanos.

Surge un novedoso enriquecimiento y profundización del Derecho Internacional Público, sobre la base de la teoría del Estado de Derecho democrático y una extensión de las materias que entran en el campo de este derecho. Que, si anteriormente se reducía a ser un derecho sobre las relaciones diplomáticas o conflictivas, beligerantes y belicosas entre los Estados, tiene contemporáneamente una importante evolución y profundización, por ejemplo, como un “derecho de la gestión

de grandes espacios” (el mar, la Antártica, el espacio extra-atmosférico, los recursos hercianos...) y se transforma en un “derecho de valores” considerados como relevantes y como pertenecientes a una suerte de patrimonio común de la humanidad. Los objetivos que persigue este “derecho de valores” se diversifican: la paz por supuesto, pero también los Derechos del hombre, el desarrollo y el crecimiento económico, las relaciones comerciales..., la protección del medio ambiente..., etc.”.⁴¹ Y, añadimos nosotros, teniendo como objetivo, en este caso, proteger el Estado de Derecho constitucional como un valor y patrimonio de la sociedad democrática liberal.

Lo que forma parte, como dice la doctrina, de la profundización espectacular de los métodos del Derecho Internacional Público a partir de la segunda mitad del siglo XX, que, si bien por mucho tiempo fue un Derecho más diplomático y político que jurídico, se viene convirtiendo en un verdadero Derecho, en una especie de proceso de “juridificación” de las relaciones internacionales. Lo que significa, que las relaciones internacionales pasan de un marco de referencia estructurado sobre las relaciones políticas dirigidas por los gobernantes, aun autoritarios como el caso de Venezuela, a unas relaciones internacionales encuadradas, también, dentro de un marco de referencia estructurado sobre las relaciones jurídicas sometidas a la Constitución, bajo el control de un legítimo tribunal de justicia.

Esa “jurisdiccionalización” de las relaciones internacionales es la gran novedad en el Derecho Internacional Público, que, a partir del actual caso venezolano, le permite ganar coherencia, eficacia y efectividad a dicho derecho, lo que plantea unos desafíos, un debate sobre las circunstancias en juego y un verdadero reto jurídico, teórico, político y práctico, para la soberanía nacional y para los derechos y obligaciones de los ciudadanos nacionales. Y también para el papel que deben jugar los jueces ante tales desafíos en las sociedades democráticas.

Así las cosas, a partir de ahora, se abre la posibilidad de una relación internacional entre los sistemas jurídicos de los Estados democráticos, apoyadas, sostenidas y soportadas por la sociedad civil actuando dentro del Estado de Derecho constitucional, es decir, desde su propia

⁴¹ Didier Truchet. “*Le droit public*”. puf. “Que sais-je”. Paris. 2014. P. 89.

Constitución, a la que se tiene como única hoja de ruta para recuperar la democracia, bajo el control de un tribunal de justicia. Lo que es una oportunidad para la protección y consolidación de la democracia, que se abre y se posibilita por el fenómeno que se conoce como la “globalización”. Novedad que parte de una situación inédita en Derecho Internacional Público, ya que, si antes las relaciones internacionales estaban ancladas y monopolizadas por una relación entre gobiernos, ahora aparece una nueva relación entre los sistemas jurídicos de los Estados bajo el control de los jueces con competencia en esos sistemas jurídicos. Surge una nueva manera de enfrentar las dictaduras desde el Derecho, es decir, el Derecho contra las dictaduras, la sociedad jurídica contra el autoritarismo, el poder de los ciudadanos contra la dictadura militar.

Esta situación es posible en el caso venezolano por dos circunstancias muy importantes: la primera, la constituye la realidad de que miles de venezolanos viven en el extranjero y tienen el derecho fundamental a preservar su nacionalidad y a disponer de los derechos que la nacionalidad les otorga como ciudadanos venezolanos. Para lo cual, requieren el acceso a un tribunal de justicia que les otorgue protección a sus derechos fundamentales y constitucionales. La segunda circunstancia, consiste en la realidad jurídico-constitucional de que la dictadura militar venezolana no tiene el poder de anular la Constitución venezolana, porque ella tiene la previsión de contener, lo que la doctrina y el Derecho constitucional comparado llaman cláusulas o normas “eternas”, “intangibles” o “pétreas”, en sus artículos 333 y 350. Por lo que, igualmente, para los Estados extranjeros la Constitución sigue vigente.

A partir de la existencia de esas cláusulas eternas en la Constitución venezolana, las relaciones entre los Estados no son sólo entre los gobiernos sino también entre los sistemas jurídicos nacionales. Y, estando el sistema constitucional venezolano además legitimado por la sociedad civil venezolana que, en su inmensa y abrumadora mayoría, se ha mantenido en el cauce del Estado de Derecho respetando sus legítimas instituciones: primero, con la elección de una Asamblea Nacional que, luego, designó al “TSJ en el exilio”, el cual tiene toda la competencia para tomar decisiones que tengan una repercusión en el orden internacional. De esta manera, la sociedad civil venezolana ha creado un cerco jurídico a nivel internacional alrededor de la

dictadura militar venezolana, a partir de su respeto y fidelidad a la Constitución, el Estado de Derecho y la Democracia. Lo que significa una importante “jurisdiccionalización” del espacio político en las relaciones internacionales.⁴²

Son los propios venezolanos con su Estado de Derecho, los que progresivamente están aislando jurídicamente a la dictadura militar, quitándole progresivamente todo el margen de maniobra que hasta ahora han tenido y disfrutado a nivel internacional, con el derecho y a través del derecho. Con la finalidad de que la Constitución se imponga sobre la dictadura militar en el extranjero, lo que constituye un aporte y una contribución directa para regularizar el Estado de Derecho y recuperar la democracia en el orden interno.⁴³

Entra en juego el papel de los jueces nacionales en la escena internacional, que controlaran esta relación entre los sistemas jurídicos donde impera la Constitución en las llamadas sociedades civilizadas, aunque estén en vías de desarrollo económico como la venezolana, pero donde hay un profundo respeto por el Estado de Derecho y la Ley. Y, en esta relación entre sistemas jurídicos constitucionales nacionales, se establecerá una particular entre los jueces de las distintas naciones que permitirán la emergencia de un Derecho Internacional Público de la Democracia. Se pondrá en la escena internacional el conflicto entre el Estado de Derecho y la dictadura militar venezolana, donde la inmensa presencia de venezolanos en el exterior constituye una ventaja privilegiada, un reto formidable y una real circunstancia de extraordinaria significación jurídica y política. Estén donde estén los venezolanos en el extranjero los acompaña, ampara y protege su legítima Constitución.

En estas circunstancias se abre a nivel internacional lo que la doctrina denomina una “situación excepcional”, equivalente y parecida, para que se comprenda, a lo que es un Estado de Guerra. Ficción de considerar una situación anormal como si fuera una situación de guerra y como decía la doctrina francesa en 1873: “La defensa de un sistema de

⁴² Luc Heuschling. “*État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*”. Dalloz. París. 2002. P. 609.

⁴³ Por ejemplo, mediante las acciones que intenten los ciudadanos y las decisiones que tome el “TSJ en el exilio”, se podrá crear un bloqueo y una especie de embargo petrolero a la dictadura, que le impida beneficiarse de la renta petrolera para consolidarse y mantenerse.

gobierno ha sido colocada en el mismo rango que la defensa del territorio”.⁴⁴ Con la circunstancia real, que, en el caso venezolano, se ha configurado un alto mando militar cubano-venezolano que constituye una intervención militar extranjera en los asuntos internos de Venezuela.⁴⁵

La violación por la dictadura venezolana de la Constitución constituye una anomalía grave e intolerable que debe asumirse por el Derecho Internacional Público, sobre todo, cuando la misma Constitución venezolana establece que bajo ninguna circunstancia perderá su efectiva vigencia. La crisis del Estado venezolano tiene su expresión en el tiempo presente y hacia el futuro. La lucha de los venezolanos por la democracia con la Constitución en la mano y teniéndola como hoja de ruta, debe tener una repercusión significativa a nivel internacional, al menos entre las naciones civilizadas y respetuosas de los Derechos humanos.

La situación excepcional venezolana en el orden internacional según los términos aquí planteados, requiere que sea limitada en el tiempo y que se encamine hacia una normalidad constitucional. Se trata de unas circunstancias jurídicas excepcionales en tiempos excepcionales. La Constitución venezolana, afortunadamente, la ha encuadrado en sus artículos 333 y 350, que permite la normalización de la situación excepcional y de las medidas extraordinarias que se tomen. Y, como la Constitución desarrolló sus propios dispositivos para hacer frente a situaciones anormales, ellas están rigurosamente dentro del imperio de la Ley y bajo el legítimo control de un juez.

Frente a la situación venezolana, el reconocimiento de la legitimidad del “TSJ en el exilio” al menos por aquellos Estados respetuosos del Estado de Derecho, la democracia y los Derechos fundamentales, debe hacerse realidad y una manifestación de su compromiso con la libertad y el orden constitucional.

⁴⁴ Manuel García Pelayo. *“Derecho Constitucional Comparado”*. Fundación García Pelayo. Caracas. Caracas. 2005. P. 166.

⁴⁵ José Amando Mejía Betancourt. *“El desconocimiento del alto mando militar”*; publicado en la *“Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica”*. (REDIAJ-13). Número 13. Julio 2017. www.estudiosconstitucionales.com. Pág. 1687-1698. Ver notas 6 y 8 de este trabajo.

Consideraciones jurídico-formales del TSJ en el exilio

Hay un conjunto de elementos constitucionales básicos, que fundamentan la legítima actuación del “TSJ en el exilio” y que configuran su estructura e institucionalidad jurisdiccional.

Integración y legitimidad institucional del TSJ en el exilio

El TSJ en el exilio está conformado por los Magistrados designados y juramentados por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, según Acta Ordinaria No. 34-2017 y Acta Especial No. 5-2017, en sesiones celebradas el 21 de julio de 2017 por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela y que acordaron el 20 de septiembre de 2017, constituir el Tribunal en el exilio.⁴⁶ El Tribunal está instalado y sesionando en el exterior debido a que los jueces designados para integrarlo fueron objeto de persecución por parte de la dictadura y tuvieron que exilarse en el extranjero.⁴⁷

Desconocimiento del TSJ de la dictadura

La existencia del “TSJ en el exilio” y las actuaciones que ante él se realicen significan un desconocimiento del actual Tribunal Supremo de Justicia de la dictadura militar y de todos los integrantes de las Salas que lo componen, de conformidad con el artículo 350 de la Constitución. En mi opinión, la Asamblea Nacional, vistas las circunstancias, debería proceder a designar, sin más dilación, de conformidad con los artículos 333 y 350 de la Constitución, el resto de magistrados para integrar completamente todas las Salas del Tribunal.⁴⁸

⁴⁶ Ver una secuencia de todas estas circunstancias en: Jesús María Casal Hernández. *“Asamblea Nacional: conquista democrática Vs. demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”*. Abediciones, Caracas, 2017.

⁴⁷ Ver: El conjunto de informes, documentos y declaraciones del actual Secretario General de la OEA Luis Almagro. www.oas.org. Acceso a la Justicia. www.accesoalajusticia.org. Y, Gabriel Ruan Santos: *“El Secuestro del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela”*. Presentado en el “I Encuentro Iberoamericano de Academias homólogas a la RACMYP”. Madrid. Octubre 2017.

⁴⁸ Lo que obligaría a estos magistrados a exilarse en el exterior.

En este sentido, hay que pensar en el trascendental caos y desconcierto jurídico, que, particularmente, en el Poder Judicial venezolano, se le está presentando ahora a la dictadura. Por una parte, con el reconocimiento internacional del TSJ en el exilio, el Tribunal Supremo de Justicia de la dictadura no tendrá ninguna posibilidad de que sus decisiones sean tenidas como legítimas en el exterior; por otra parte, al ser desconocido internamente por la Asamblea Nacional⁴⁹ y por la sociedad toda, significa que sus sentencias y decisiones no serán reconocidas como válidas y firmes cuando caiga la dictadura y se restablezca el orden constitucional.

Además, que no se pueden olvidar las disposiciones de la Constitución que establecen, en el artículo 138: “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”; en el artículo 139: “El ejercicio del Poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”; y, en el artículo 25: “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que le sirvan de excusa órdenes superiores”.

De manera que, en mi opinión, las sentencias de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia de la dictadura, comprometen a los jueces que las dictan y no tienen ninguna validez, eficacia y son nulas. Lo que, para el justiciable, crea una terrible inseguridad jurídica porque esas sentencias no producen cosa juzgada.

El Estado de derecho se ha derrumbado en Venezuela y en su lugar se ha instalado un orden mafioso de sometimiento y despotismo. Por un lado, existe un Poder Legislativo constituido por la legítima Asamblea Nacional y tres autoridades de facto que ejercen funciones legislativas: El presidente-dictador de la República, el Tribunal Supremo de Justicia de la dictadura y, una cosa, que llaman la Asamblea Nacional Constituyente creada por la dictadura. Por otro lado, existe un legítimo Tribunal Supremo de Justicia en el exilio. Y, un Tribunal Supremo de Justicia de la dictadura que preside el orden judicial interno que, también, ha

⁴⁹ Como consecuencia de haber designado el TSJ en el exilio.

perdido toda legitimidad y cuyas sentencias y decisiones son igualmente nulas y sin ninguna eficacia jurídica cuando desaparezca la dictadura y comprometen la responsabilidad de los jueces que las dicten.

El Estado de derecho en Venezuela ha sido destruido, las instituciones están en un caótico estado terminal y la soberanía nacional entró en estado de coma. Nadie puede tener la más mínima seguridad Jurídica para sí, ni para su familia, ni para sus bienes.

II. LA NECESIDAD DE ACCIONAR ANTE EL TSJ EN EL EXILIO PARA PROVOCAR SU RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL. EL CASO DE LA RENOVACIÓN DE UN PASAPORTE

Con el objeto de provocar un reconocimiento internacional del Tribunal Supremo de Justicia en el exilio (TSJ en el exilio), los ciudadanos pueden intentar una acción de amparo constitucional ante dicho Tribunal y solicitar, por ejemplo, la renovación de la vigencia del pasaporte de un venezolano que viva en el extranjero. Lo cual, además, sería una vía para resolver el grave problema que afecta a miles de venezolanos que están en el exterior con el pasaporte vencido y no pueden renovarlo. La acción de amparo tendría el formato jurídico normal y el TSJ en el exilio tiene competencia plena para resolver y dictar una legítima decisión, mediante una actuación en línea.

Ahora, si los gobiernos de los Estados extranjeros reconocen como legítimas las decisiones de amparo dictadas por el “TSJ en el exilio”, se crea un extraordinario precedente, que obligaría en el futuro al reconocimiento de la legitimidad de cualquier otra decisión que dicte el Tribunal y que tenga repercusión en el ámbito internacional.⁵⁰ Claro, si hay una masiva solicitud de amparos en el extranjero, la presión para el reconocimiento de su legitimidad sería mucho mayor. Pero, con un solo caso, se podría crear el precedente necesario y fundamental, porque, tratándose de Estados de derecho democráticos, al final, en el supuesto de que administrativamente un gobierno extranjero decida no reconocer la renovación jurisdiccional de un pasaporte venezolano, el

⁵⁰ Por ejemplo, a través de los Recursos de Revisión. Que permitiría revisar las numerosas sentencias dictadas por la Sala Constitucional de la dictadura con efectos internacionales.

asunto pasaría al Poder Judicial de ese Estado extranjero y por medio de una decisión jurisdiccional, sería entonces, un tribunal local con competencia en la materia quien tendría la última palabra, imponiéndose la decisión del Juez.

La idea es pues que los ciudadanos acudan al “TSJ en el exilio” para provocar una decisión jurisdiccional favorable. Lo que pondría a los Estados extranjeros en una disyuntiva y los obligaría a tomar la decisión de si reconocen o no la legitimidad del “TSJ en el exilio” y, a manifestar de manera concreta y jurídica, su respaldo a la lucha de los venezolanos por restablecer la democracia en su país.⁵¹ Lo que permitirá, al mismo tiempo, socavar de manera muy importante la actuación internacional de la dictadura. Que, por ejemplo, con su política de no renovar el pasaporte a los venezolanos que residen en el extranjero, a quienes consideran sus enemigos, pueden mantener un control político a larga distancia. Pero, si se produce un reconocimiento internacional del “TSJ en el exilio”, se abre una importante vía para restringir significativamente la actuación internacional de la dictadura y de sus aliados cubanos en todos los ámbitos y, particularmente, para impedirle, por ejemplo, la realización de operaciones de crédito, financieras y petroleras a nivel internacional, en perjuicio de los intereses fundamentales de Venezuela reconocidos en la Constitución.⁵²

Elementos formales

Competencia

El “TSJ en el exilio”, mientras dura la situación excepcional que significa el restablecimiento de la efectiva vigencia de la Constitución,

⁵¹ Muchos gobiernos extranjeros han manifestado políticamente su respaldo a la lucha de los venezolanos por la democracia. Pero, un claro respaldo jurídico tendría un efecto mucho mayor y es una manera de lograr que la buena voluntad política se manifieste en hechos jurídicos concretos.

⁵² En los procesos que se tramiten por ante el “TSJ en el exilio”, al intentarse, por ejemplo, acciones de amparo y recursos de revisión, se abre la posibilidad de que se dicten medidas cautelares que tengan efectividad en el ámbito internacional. Lo que constituye una manera muy eficaz de paralizar el flujo de recursos financieros a la dictadura provenientes del exterior, con ocasión de la venta de petróleo en el mercado internacional, de ventas de oro o de cualquier otro recurso natural, así como, provenientes de ventas de activos de la República y de las empresas públicas, o del endeudamiento público, o de una asistencia financiera internacional.

tiene plena jurisdicción y competencia, por ejemplo, para conocer de una acción de amparo, donde la pretensión sea solicitar la renovación del pasaporte del accionante, de conformidad con los artículos 26, 27, 259, 333 y 350 de la Constitución.

Admisibilidad.

En el supuesto de una Acción de Amparo solicitando la renovación de un pasaporte, por ejemplo, ésta sería admisible de conformidad con los mencionados artículos 26, 27, 333 y 350 de la Constitución; y, por cuanto, adicionalmente, se cumplen razonablemente con todos los requisitos legales establecidos a los fines de que la misma sea admisible (Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales). Además, específicamente, conforme al artículo 333 de la Constitución, se puede realizar la tramitación de la acción vía on-line (internet), utilizando para ello las tecnologías de información y comunicación.

Procedimiento

Según al artículo 333 de la Constitución, el “TSJ en el exilio” atendiendo su obligación de colaborar con el restablecimiento de la efectiva vigencia de la misma, puede señalar el procedimiento o los procedimientos que estime conveniente para tramitar los diferentes asuntos que se le planteen. Por ejemplo, si se tratara de una Acción de Amparo contra una actuación de la Administración Pública, considerada como vía de hecho o abstención u omisión que viola los derechos constitucionales del accionante, con la pretensión de solicitar al Tribunal que renueve la vigencia del pasaporte del accionante, y que, en consecuencia, como señala la más calificada doctrina francesa en esta materia, se puede entender la Acción como un Amparo-recurso, donde el accionante más bien lo que hace en realidad es defenderse frente a la Administración Pública y ejercer su derecho a la defensa, se sugiere como procedimiento, el que estaba previsto en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo de Derechos y Garantías Constitucionales, que señalaba lo siguiente: “El tribunal que conozca de la solicitud de amparo tendrá potestad para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda. En este caso, el mandamiento de amparo debe ser motivado y

estar fundamentado en un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o de la amenaza de violación”.

Elementos de hecho y contexto general

La existencia de un gobierno dictatorial en Venezuela que ha provocado la ruptura del orden constitucional y el establecimiento de este legítimo “TSJ en el exilio”, constituyen un hecho incontrovertible conocido por dicho Tribunal. Y, particularmente, los informes y documentos producidos por el Secretario General de la Organización de Estados Americanos Luis Almagro, a los cuales se tiene acceso en la página web de la O.E.A., dan cuenta de la existencia de una dictadura en Venezuela.

También es un hecho conocido, que miles de venezolanos han emigrado al extranjero y que, como consecuencia de las políticas represivas y violatorias de los derechos humanos de la dictadura, se han creado todo tipo de obstáculos para impedir que los venezolanos que viven en el exterior dispongan de un pasaporte vigente. Este comportamiento le permite a la dictadura venezolana ejercer un control a larga distancia sobre los venezolanos que emigran y viven en el extranjero, ya que, practican una distorsionada y desviada fiscalización, mando y preponderancia administrativa sobre la comunidad de venezolanos que viven y residen en el extranjero y, a los cuales, la dictadura los considera sus oponentes y enemigos políticos.

Es por ello, también, que estas circunstancias crean un problema esencial para la comunidad de venezolanos que viven en el extranjero, pues al no tener un pasaporte vigente, la permanencia y regularización de su situación personal en un Estado extranjero se ve altamente dificultada y casi de imposible solución. Lo que además crea graves problemas a los Estados que generosamente los reciben y acogen.

Igualmente es ampliamente conocido que las autoridades administrativas de la dictadura venezolana, de manera sistemática, le retiran el pasaporte o no le renuevan su vigencia a miles de venezolanos a los que consideran sus enemigos políticos, lo que les impide desplazarse libremente al extranjero.⁵³ Por lo que este problema también atañe de manera muy significativa a los venezolanos residentes en Venezuela.

⁵³ Ver: Acceso a la Justicia. www.accesoalajusticia.org. “Gobierno diseña otra arma política basada en la delación de los enemigos”. Nota de 20-4-2018.

Es por ello, que, en atención a estas consideraciones fácticas generales, se puede, por ejemplo, intentar una Acción de Amparo, para que vista la violación de los derechos constitucionales de los venezolanos que estos hechos comportan, el “TSJ en el exilio” resuelva el problema mediante una decisión jurisdiccional de Amparo constitucional que renueve el pasaporte y, o, dicha sentencia se tenga por pasaporte válido y vigente.

La actuación violatoria de los derechos constitucionales

Establece la “Ley Orgánica de Identificación” reguladora del servicio público administrativo de identificación, que dicho servicio tiene por objeto regular y garantizar la identificación de todos los venezolanos y venezolanas que se encuentren dentro y fuera del territorio nacional, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Entendiendo como medio de identificación al pasaporte (**Art. 3**).

Establece la ley en relación al Pasaporte lo siguiente: El **Pasaporte Artículo 29**. El pasaporte es el documento de identificación de los venezolanos y venezolanas en el extranjero, expedido por el Estado a través del ministerio con competencia en materia de identificación de los habitantes de la República o aquel que, por acuerdos, convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, cumpla la misma función. Los requisitos, características y elementos de identificación serán los establecidos en el Reglamentos de esta Ley y los que se encuentren contenidos en los tratados, acuerdos y convenios internacionales, suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela. **Clasificación Artículo 30**. Los pasaportes venezolanos se clasifican en: ordinario, diplomático, de servicio, de emergencia, colectivo y provisional. **Pasaporte Ordinario Artículo 31**. Es el documento de identificación personal que expide el ministerio con competencia en materia de identificación de los habitantes de la República, a los venezolanos y venezolanas que deseen trasladarse al extranjero y que cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento de esta Ley. El pasaporte ordinario tendrá una validez de cinco años. **Tramitación en el extranjero Artículo 32**. En el exterior, el pasaporte ordinario será tramitado por los venezolanos y venezolanas, a través

de las secciones consulares de las embajadas y oficinas consulares de la República Bolivariana de Venezuela. El Reglamento de esta Ley determinará sus características identificatorias, condiciones, requisitos y procedimientos aplicables para su otorgamiento, así como para la inhabilitación y términos de vigencia.

En consecuencia, el Ministerio con competencia en la materia encargado del servicio público de identificación y, en particular, para tramitar en el exterior el otorgamiento y renovación de los pasaportes, ha creado todo tipo de obstáculos para impedir el otorgamiento y o renovación del pasaporte, lo que constituye una actuación que viola los derechos constitucionales de los venezolanos.

Contexto específico y narrativa de los hechos

- Persona residente en Venezuela que no puede renovar su pasaporte, o le fue retirado o anulado.
- Persona residente en el extranjero que no puede renovar su pasaporte.
- Persona residente en el extranjero o en Venezuela que no dispone de un pasaporte.
- Descripción y narrativa del hecho, acto, omisión y demás circunstancias que motiven, por ejemplo, una solicitud de amparo.

La violación de los derechos fundamentales de los venezolanos.

En primer lugar, por ejemplo, en el caso de una acción de amparo donde se solicite la renovación del pasaporte del accionante, se puede denunciar que se violan los derechos fundamentales garantizados por la Constitución venezolana, que tocan y se refieren a la persona humana: La salvaguarda de la dignidad de la persona (Art. 3 y 9); la seguridad individual (Art. 19; 25; 26; 27; 43; 47; 115.) y la libertad de ir y venir (Art. 50).

Hay, además, un vínculo evidente entre el Estado y los ciudadanos que se manifiesta en el Derecho a la nacionalidad, lo quiere decir, que para ser ciudadano de un Estado es necesario tener la nacionalidad. Lo que la Constitución reconoce claramente como un Derecho Humano (Art. 32 y siguientes y Art. 39). De manera que hay también un conjunto de Derechos fundamentales vinculados a los venezolanos como nacionales y ciudadanos, particularmente, sus Derechos políticos en el

orden interno y el Derecho al respeto de su ciudadanía en el orden internacional de conformidad con el Derecho Internacional Público, que deben a ser amparados, acogidos, reconocidos y respetados por dicho Derecho, que regula las relaciones y reconocimiento mutuo de los Estados en el concierto internacional.

La ciudadanía tiene un carácter fundamental en el orden interno, de derechos y obligaciones, de donde se desprende los estrechos vínculos que unen la ciudadanía a la libertad y la igualdad, y que no hay ciudadanía sin libertades civiles, políticas y sin igualdad de derechos entre los ciudadanos. Y, en el orden externo, el Estado ejerce una competencia que la doctrina llama “personal”, que se aplica a las personas físicas y morales que tienen su nacionalidad y que tiene una importancia significativa, cuando los nacionales residen a o se encuentran en el extranjero. En este caso, la persona que se encuentra en el extranjero está sometida a la vez, a la competencia territorial del Estado donde ella reside y a la competencia personal del Estado donde ella tiene la nacionalidad.⁵⁴ Por tanto, en segundo lugar, se puede denunciar la violación del Derecho Humano a la nacionalidad (Art. 32; 33; 34; 35; 36; 37; 38 y 39).

Específicamente en este supuesto, como se ha producido una violación del Derecho fundamental a la Nacionalidad y de la libertad de ir y venir de los venezolanos (Art. 50) y, particularmente, con el presente ejemplo, por cuanto le resulta imposible a los venezolanos accionantes disponer de un pasaporte vigente expedido por las autoridades competentes, que les permita ejercer sus derechos como ciudadano nacional venezolano en suelo extranjero y desplazarse libremente al extranjero, queda claro, que este comportamiento de la dictadura menoscaba seriamente sus derechos fundamentales.

Consideraciones relevantes

Las consideraciones relevantes a los efectos de restablecer el orden constitucional en Venezuela y en relación con el presente ejemplo, son las siguientes:

⁵⁴ Como es el caso por ejemplo en el Derecho tributario internacional, donde muchas veces, el contribuyente tiene una vinculación fiscal con el Estado de residencia y, a la vez, con el Estado del cual es nacional.

-Resolver los problemas de miles de venezolanos en el exterior y regularizar su situación, de tal manera que les permita el libre establecimiento y desplazamiento en el extranjero. En efecto, con el presente ejemplo, de salir favorable la pretensión de amparo constitucional y producirse una decisión jurisdiccional en beneficio del accionante, que sea reconocida como legítima por los Estados extranjeros, se podrá regularizar la situación personal en cuanto a su nacionalidad de los muchos venezolanos que viven en el extranjero. Y, beneficiarlos, conforme al Derecho Internacional Público, de su condición de ciudadanos nacionales venezolanos acreditado por un pasaporte vigente.

-Resolver los problemas causados a los Estados Extranjeros que reciben y acogen a los venezolanos. Por la circunstancia de que muchos ciudadanos nacionales venezolanos carecen de un pasaporte vigente que acredite su nacionalidad.

-Reconocimiento de la legitimidad de este “TSJ en el exilio”, por los Estados que conforman la comunidad democrática internacional. Con este asunto se plantea la cuestión fundamental, de la necesidad de un reconocimiento por parte de los Estados extranjeros que conforman la comunidad democrática internacional, de la incuestionable legitimidad jurisdiccional del “TSJ en el exilio”, lo que constituiría la repercusión más importante del presente asunto, después de resolver la pretensión del accionante.⁵⁵

-El “TSJ en el exilio” dispondrá de una plena jurisdicción nacional. Para resolver muchos otros problemas que afectan a los ciudadanos venezolanos que viven en el extranjero y, se podrán tomar todas aquellas decisiones jurisdiccionales que tengan efecto en el extranjero en relación a los ciudadanos venezolanos y que permitan la restitución de la efectiva vigencia de la Constitución.

-Desconocer internacionalmente al TSJ de la dictadura. De manera que sus decisiones no tendrán ningún efecto en los Estados democráticos que conforman la Comunidad internacional.

⁵⁵ En efecto, cursa ante el “TSJ en el exilio” una acción de antejuicio de mérito al presidentedictador de Venezuela Nicolás Maduro. Proceso de “Impeachment”, que en los sistemas presidencialistas es el único mecanismo que permite la destitución de un presidente. Si se produce un reconocimiento internacional del “TSJ instalado en el exilio”, será un apoyo y un respaldo muy importante a esta acción intentada contra el dictador.

Conclusiones: La democracia combativa

Con el reconocimiento internacional del “TSJ en el exilio”, se busca acabar con el abuso y arbitrariedad de la dictadura venezolana a nivel internacional. Para ello, la democracia tiene que ser combativa y su mejor expresión y protección es el Estado de Derecho, que le proporciona los instrumentos necesarios para luchar contra la dictadura, como, por ejemplo, en el caso venezolano, donde la Constitución, afortunadamente, contempla en los artículos 333 y 350 los mecanismos de defensa del régimen constitucional y de la democracia.⁵⁶

La aplicación de estos dispositivos es la expresión de la democracia combativa, término de la doctrina alemana,⁵⁷ que, en este caso específico, se concretan en acciones excepcionales como la creación del “TSJ en el exilio”, que conducen a la aplicación y desarrollo de un derecho excepcional en situaciones excepcionales. En el entendido, como escribía Donoso Cortés en 1839: “El Derecho común es la regla ordinaria de los hombres en tiempos bonancibles. El Derecho excepcional es su regla común en circunstancias excepcionales.”⁵⁸

En efecto, el gobierno dictatorial abusa del Derecho internacional y hace un uso indebido de la soberanía nacional en el concierto de las naciones, en detrimento de la inmensa mayoría de los ciudadanos venezolanos; cuestión que resulta absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos fundamentales y de la Constitución. También es inadmisibles y absurdo, la arbitrariedad de la dictadura militar en la dirección, protección, manejo y gestión de los intereses fundamentales de Venezuela, que, por ejemplo, ha puesto por encima de los intereses fundamentales de Venezuela los intereses de la dictadura cubana, para proporcionarle los medios económicos y financieros necesarios para su subsistencia en los últimos veinte años. Y, que, asimismo, la dictadura ha capturado para su propio beneficio la renta petrolera y utiliza al Estado Venezolano como plataforma, para, bajo su amparo, enriquecerse ilícitamente y participar activamente en el negocio del narco-tráfico internacional.

⁵⁶ La Constitución de 1961, avanzada para su tiempo, ya había asumido estos conceptos de la democracia combativa y de las “cláusulas eternas” en su artículo 250.

⁵⁷ Francisco Bastida. Joaquín Varela. Juan Luís Requejo. *“Derecho Constitucional”*. Ariel. Barcelona. 1999. P. 172.

⁵⁸ Manuel García Pelayo. *“Derecho Constitucional Comparado”*. Fundación García Pelayo. Caracas. Caracas. 2005. P. 163, nota 26.

El gobierno dictatorial ha incurrido en una verdadera desviación de los fines, principios y valores esenciales del Estado venezolano establecidos en la Constitución y usa su poder en la escena internacional, para alcanzar otros fines distintos a los determinados constitucionalmente. En consecuencia, una vez que ha destruido el Estado de derecho, la dictadura no puede invocar a la Constitución democrática, a la que le ha hecho perder su vigencia, como fundamento para exigir respeto en la escena internacional.

Para un sistema político constitucional como el venezolano que había surgido de la democracia y la libertad, la actuación internacional de la dictadura militar no puede tener la simpleza ni las mismas reglas de hace un siglo atrás. Afortunadamente, las nociones de Estado de derecho y de la economía liberal son componentes esenciales del Estado contemporáneo. Por un lado, el Estado de derecho democrático protector de los derechos fundamentales es un nuevo paradigma en el Derecho internacional⁵⁹ y, la globalización, le ha dado a la economía de mercado una importancia internacional como nunca antes en la historia de las naciones; de ahí, que estas dos nociones se ven significativamente involucradas en la estructura y configuración de las relaciones internacionales del Estado contemporáneo.

La participación de la sociedad civil en la defensa y conducción de la soberanía nacional también ha evolucionado considerablemente, pasando de una situación estática en la que los asuntos internacionales se le confiaban íntegramente al gobierno del Estado, a tener una actitud y un comportamiento dinámico y activo, donde la participación del ciudadano en la protección de la soberanía nacional y en las relaciones internacionales, son concebidas en función de la defensa del Estado de derecho y la democracia.⁶⁰

Ya no se puede admitir, por lo tanto, que el viejo modelo de relaciones internacionales que imperaba antes de la caída del muro de Berlín y

⁵⁹ Jacques Chevallier. “*L’État de droit*”. Montchrestien. Paris. 2010. P. 111.

⁶⁰ La sociedad civil ha tenido un papel protagónico y esencial durante todo el proceso de lucha por restablecer la democracia venezolana. Con el establecimiento del “TSJ en el exilio” se cumple una etapa donde la dirigencia política y los partidos de la oposición hicieron lo que pudieron. Ahora llegó la hora de la sociedad civil de accionar ante dicho tribunal y provocar la caída de la dictadura desde y con el Derecho.

protector de dictaduras, continúe imponiéndose. Ahora, una importante porción de la comunidad internacional respetuosa de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de derecho, no está dispuesta a seguir aceptando ese viejo esquema de relaciones internacionales, que, en aras de la defensa a ultranza de un cierto tipo de visión sobre la soberanía nacional, ignora los elementos fundamentales de la democracia y las aspiraciones mayoritarias de la sociedad civil.

Por lo tanto, la experiencia venezolana de conformar un legítimo “TSJ en el exilio”, que goce del reconocimiento internacional y del respeto a sus decisiones jurisdiccionales cuando éstas tengan efectos específicos en el extranjero, debe llamar la atención y ser vista con mucho cuidado. De esta manera, a nivel internacional, la lógica de la democracia se debe colocar por encima de la dictadura y no al revés, como ha sido hasta ahora; lo que le ha permitido, por ejemplo, a la dictadura venezolana beneficiarse de un esquema en las relaciones internacionales envejecido y absurdo.

La conformación de un “Tribunal Supremo de Justicia en el exilio”, a diferencia de la experiencia de constituir “gobiernos en el exilio” de poca eficacia frente a las dictaduras que pretenden remplazar, abre un abanico de posibilidades y un cambio básico ante la concepción rígida y seca del respeto al llamado principio de no injerencia en los asuntos internos de un Estado. Que, fundamentado en una visión primordialmente gubernamental de la soberanía nacional, donde los gobiernos son los únicos actores que la personifican en las relaciones internacionales, se transmuta y convierte en la realidad, en un principio de no injerencia en los asuntos internos de la dictadura.

Con la experiencia venezolana, la comunidad internacional de Estados democráticos estará confrontada a tomar en cuenta en sus relaciones con la soberanía venezolana, no solo a su gobierno dictatorial, sino también, a los intereses que encarna y personifica la Constitución en relación a la sociedad civil. Con la consecuencia de establecer relaciones no solo gubernativas entre los Estados, sino, también, relaciones entre los sistemas jurídicos constitucionales, tomando en cuenta los intereses de la democracia y de la mayoritaria sociedad civil venezolana que respeta la Constitución.

Esta inédita situación tiene significativas garantías jurídicas, pues, por un lado, las decisiones del “TSJ en el exilio” serán revisadas por los tribunales locales competentes, en los territorios extranjeros donde ellas están llamadas a surtir efectos jurídicos. Por otro lado, todas las decisiones del TSJ en el exilio, además de ajustarse necesariamente al derecho venezolano y protectoras de la soberanía nacional, serán tomadas por un legítimo Tribunal del orden jurisdiccional interno venezolano. En este contexto, se desarrolla un nuevo mecanismo protector de los intereses fundamentales de Venezuela en el extranjero, reconocido por el mundo internacional democrático y, al mismo tiempo, se le crea un grave problema a la dictadura, pues las decisiones de sus entes jurisdiccionales no serán reconocidas en el extranjero.

A partir del momento que la dictadura no sea reconocida como el único representante de la soberanía venezolana a nivel internacional, tendrá necesariamente que actuar en una difícil y complicada trama jurídico-constitucional ante un legítimo “TSJ en el exilio”, que tiene como función primordial controlar la constitucionalidad de sus actuaciones. Y, eventualmente, ante las jurisdicciones de los Estados que hayan reconocido la legitimidad del TSJ en el exilio. Lo que es una situación muy distinta a la cómoda y casi invulnerable muralla de la costumbre internacional, que consideraba a la dictadura como el único actor representativo de la soberanía venezolana. No hay que olvidar que la globalización y el Estado de derecho protector de los derechos fundamentales crean una dependencia de Venezuela de otros Estados, por lo que será muy difícil a la dictadura mantenerse y convivir en el sistema internacional. Para un país petrolero como Venezuela, actor y dependiente de la globalización económica, esa situación debe resultar insoportable, lo que hace prever el colapso y derrumbe de la dictadura.

Dicho lo cual, se entiende que con el “TSJ en el exilio” la soberanía nacional no se divide, sino que se ejerce de otra manera por los venezolanos a través de su sistema jurídico constitucional, donde el reconocimiento internacional es un aspecto fundamental.

Se puede señalar que habrá un antes y un después del caso venezolano. Hasta ahora se ha impuesto la visión de que las relaciones internacionales solo tengan como protagonistas a los gobiernos aun

siendo dictaduras, lo que impide cualquier filtración o disolución de su naturaleza dictatorial y más bien las consolida. Asimismo, hasta ahora, las dictaduras usan específicamente las relaciones económicas con otros Estados para apuntalarse, neutralizar oposiciones políticas a nivel internacional e impedir que los Estados democráticos actúen en contra de ellas. Pero, con la nueva situación, aparece el juez como un nuevo protagonista en las relaciones internacionales, lo que puede constituirse en el talón de Aquiles de la dictadura venezolana.

En algún momento, cuando Venezuela gozaba de gran solidez democrática, fue una abanderada en la lucha contra las dictaduras latinoamericanas y particularmente contra la cubana, impulsando la llamada “doctrina Betancourt” con la finalidad de aislarlas internacionalmente.⁶¹ Pero, esos tiempos ya pasaron y, a pesar de los muchos esfuerzos de todo tipo hechos para consolidar la democracia en el continente americano, los enemigos de la democracia lograron instalar de nuevo una dictadura militar en Venezuela. Sin embargo, para que surja una nueva doctrina política anti-dictatorial de origen venezolano es necesario y absolutamente indispensable, un reconocimiento internacional del Tribunal Supremo de Justicia en el exilio.⁶²

⁶¹ La “doctrina Betancourt” fue puesta en obra por el ex -presidente Rómulo Betancourt y consistió en promover la ruptura de relaciones diplomáticas con gobiernos dictatoriales. Como consecuencia de ella, Cuba gobernada por la dictadura de Fidel Castro fue expulsada de la Organización de Estados Americanos (OEA).

⁶² Doctrina que bien debería llamarse la “doctrina Almagro”, por la consecuente acogida que ha recibido el “TSJ en el exilio” de parte del Secretario General de la OEA Luis Almagro y el inmenso apoyo que le ha prestado a la sociedad democrática venezolana, promoviendo un Derecho internacional público de la democracia en el continente.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO DE RECONVERSIÓN MONETARIA. DR. RAFAEL BADELL MADRID* .

SUMARIO

I. Presentación II. El sistema monetario en la Constitución de Venezuela 1. Su regulación es materia de la reserva legal 2. La legislación presidencial (los decretos ley) 2.1. Decretos ley previa ley habilitante 2.2. Decretos ley durante un Estado de Excepción 3. Competencia del Banco Central de Venezuela en materia monetaria III. El Decreto de Reversión 1. Fundamentación 2. La fundamentación del Decreto de Reversión revela que es un acto de rango sublegal 3. El Decreto de Emergencia Económica no habilita para dictar medidas en materia monetaria y es además un acto nulo de nulidad absoluta. 3.1 El carácter de temporalidad de las medidas dictadas con ocasión de un Decreto de Emergencia Económica impide la alteración del régimen monetario de forma permanente IV. Vicios de inconstitucionalidad del Decreto de Reversión Monetaria 1. Inconstitucionalidad por violación del principio de reserva legal 2. Inconstitucionalidad por usurpación de funciones propias de la Asamblea Nacional 3. Inconstitucionalidad por violación del principio de separación de poderes 4. Inconstitucionalidad por violación de las competencias del Banco Central de Venezuela V. Conclusiones

* Doctor en Derecho. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (pregrado, postgrado y doctorado). Andrés Bello Fellowship en la Universidad de Oxford durante el año académico 1998-1999. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford durante el año académico 2006-2007. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau 1986. Foreign Legal Consultant, admitido por el Florida State Bar.

I. PRESENTACIÓN

En fecha 22 de marzo de 2018 fue publicado el *Decreto N° 24 en el Marco del Estado de Excepción y de Emergencia Económica, mediante el cual se Decreta la Reconversión Monetaria* –en lo sucesivo “Decreto de Reconversión”– (Gaceta Oficial N° 41.366 de la misma fecha), en el que se estableció que “*a partir del 4 de junio de 2018, se reexpresa la unidad del sistema monetario de la República Bolivariana de Venezuela, en el equivalente a mil bolívares (1.000) actuales*”.

De conformidad con dicho Decreto, el bolívar resultante de esa reconversión continuará representándose con el símbolo “Bs.”, siendo divisible en cien (100) céntimos, de modo que todo importe expresado en moneda nacional antes del 4 de junio de 2018, *deberá ser convertido a la nueva unidad, dividiendo entre mil (1.000)* (Artículo 1° del Decreto de Reconversión).

II. EL SISTEMA MONETARIO EN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA

1. Su regulación es materia de la reserva legal

La reserva legal es una institución constitucional conforme a la cual ésta dispone las materias que sólo pueden ser reguladas mediante una ley, es decir, un acto con rango y fuerza de ley.

Los artículos 156, numerales 11¹, 32² y 33³; 187⁴, numeral 1;

¹ “Artículo 156. *Es de la competencia del Poder Público Nacional:*

11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; emisión y acuñación de moneda”

² “Artículo 156. *Es de la competencia del Poder Público Nacional:*

32. *La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público;*

y, 202⁵, de la Constitución prevén la reserva legal de la materia monetaria en Venezuela como atribución exclusiva del Poder Legislativo Nacional, por órgano de la Asamblea Nacional.

En efecto, en el artículo 187, numeral 1, de la Constitución se establece que le corresponde a la Asamblea Nacional legislar sobre las materias propias del Poder Público Nacional, las cuales están referidas en el artículo 156, y dentro de las cuales se encuentra “*la regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; emisión y acuñación de moneda*”.

De conformidad con la Constitución, por ser una materia de competencia del Poder Público Nacional, el sistema monetario está reservado y sólo puede ser regulado mediante ley, como acto sancionado por el cuerpo legislador (artículo 202 de la Constitución).

Sin embargo, la reserva legal nacional en sentido amplio implica que “*...determinadas materias pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, [lo que] excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante otro instrumento normativo que no goce de rango legal, o instrumento normativo distinto al decreto con fuerza de ley.*”⁶

la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional”.

³ “Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

33. Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza”.

⁴ “Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional:

1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional”.

⁵ “Artículo 202. La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos”.

⁶ Pierre Tapia, Oscar. “Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973)”. Caracas, Venezuela. Editorial Melvin. No. 6. Junio 2007. P. 32; Ramírez, Humberto y Garay, Juan. “Jurisprudencia Venezolana”. Caracas, Venezuela. Ramírez y Garay, S.A. Tomo CCLIII. Marzo 2008 b. P. 401.

En este orden de ideas, la reserva legal consiste en “...una reserva a normas con rango de Ley”, es decir, de: 1. ley formal dictada por la Asamblea Nacional o 2. decreto con fuerza de ley, propiamente dicho, dictado por el Presidente de la República⁷ en Consejo de Ministros⁸.

2. La legislación presidencial (Los decretos ley)

El ejercicio de la función legislativa por parte del presidente de la República, en Consejo de Ministros, precisa de la previa delegación legislativa, efectuada a su favor por parte de la Asamblea Nacional mediante ley habilitante, según los artículos 203, último aparte; y, 236, numeral 8 y primer aparte, de la Constitución o la preexistencia de un Decreto de estado de excepción que concretamente le habilite para dictar con carácter excepcional y limitado a la resolución de la emergencia, actos que pueden tener rango y fuerza de Ley (artículos 337 y 338 de la Constitución).

2.1. Decretos ley previa ley habilitante

La Constitución en su artículo 236 concede al presidente de la República la atribución para “8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley”, en Consejo de Ministros, mientras que dispone en su artículo 203 que “Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de Ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio.”

⁷ Leza Betz, Daniel. “La Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional y las Nuevas Competencias Normativas del Presidente de la República previstas en la Constitución de 1999. Al traste con la Reserva Legal Formal Ordinaria en el Derecho Constitucional Venezolano”. Revista de Derecho Público. No. 82. Caracas, Venezuela, 2000. P. 28.

⁸ Es por ello que se ha afirmado que la reserva legal nacional “...comporta una obligación para el Parlamento de legislar en determinadas materias...Por supuesto...ese concepto se ha relativizado con el otorgamiento de la potestad normativa a los gobiernos, en las Constituciones, mediante la figura del decreto con fuerza de ley propiamente dicho”. Vid. Peña Solís, José. “La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana”. Colección de Estudios Jurídicos No. 10. Caracas, Venezuela, 2005. Tribunal Supremo de Justicia, P.116.

La reconversión monetaria podría ser dictada por un decreto ley, basado en una expresa habilitación, como lo fue el Decreto-Ley de Reconversión Monetaria del año 2007 dictado por el Presidente Chávez con fundamento en una ley habilitante⁹. El Decreto de Reconversión no está precedido de una Ley Habilitante por tanto no tiene este fundamento para otorgarle rango legal.

2.2. Decretos ley durante un estado de excepción

Conforme a la doctrina constitucional, el Presidente puede regular las materias de la ley, de forma transitoria y excepcional cuando ante hechos circunstanciales es necesario que se decrete un estado de excepción, entre los cuales se ubica la emergencia económica.

Esta competencia extraordinaria y temporal está limitada a las materias y en los términos que el Estado de Excepción precise, porque el Estado de Excepción no suspende el funcionamiento de los órganos del Poder Público (artículo 339 de la Constitución), entre ellos el de la Asamblea Nacional, quien ejerce de forma típica y propia la función legislativa.

Asimismo debe tenerse en cuenta que la competencia del presidente de la república en ejecución del Estado de Excepción se traduce en medidas extraordinarias (artículo 338 de la Constitución) que pueden tener o no rango legal. Para que las mismas tengan dicha naturaleza es necesario que el acto dictado por el presidente se base exclusivamente en la norma Constitucional y en el Decreto del Estado de excepción, que la materia esté expresamente autorizada y que la materia regulada sea de la reserva legal.

⁹ En efecto, en el año 2007, la reconversión monetaria decretada por el entonces presidente Hugo Chávez en Consejo de Ministros, fue dictada mediante el Decreto N° 5.229 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reconversión Monetaria (Publicado en Gaceta Oficial N° 38.638 de fecha 06 de marzo de 2007), y *“En ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 1° de la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en las materias que se delegan, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.617 de fecha 1° de febrero de 2007, en Consejo de Ministros...”*.

El Decreto de Reconversión no se basa exclusivamente en la Constitución y el Decreto de Estado de Emergencia pues alude a la Ley Orgánica de la Administración Pública. El presidente no está habilitado a regular la materia monetaria sino a dictar “medidas *extraordinarias que permitan a la autoridad monetaria nacional agilizar y garantizar a la ciudadanía la importación, distribución y disponibilidad oportuna de las monedas y billetes de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela.*” En todo caso el Decreto de Emergencia Económica es nulo de nulidad absoluta.

3. Competencia del Banco Central de Venezuela en materia monetaria

La Constitución también prevé que en materia del sistema monetario nacional corresponde al Banco Central de Venezuela desarrollar las medidas administrativas relativas a la política monetaria, sin estar subordinado de forma alguna al Poder Ejecutivo. Así lo disponen los artículos 318 y 320, conforme a los cuales:

Artículo 318: “Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera **exclusiva y obligatoria** por el Banco Central de Venezuela. El objeto fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria (...)

El Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia. El Banco Central de Venezuela ejercerá sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.

Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley.” (Destacado nuestro)

Artículo 320: “(...) El ministerio responsable de las finanzas y el Banco Central de Venezuela contribuirá a la armonización de la

política fiscal con la política monetaria, facilitando el logro de los objetivos macroeconómicos. En el ejercicio de sus funciones el Banco Central de Venezuela no estará subordinado a directivas del Poder Ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias.”

III. EL DECRETO DE RECONVERSIÓN

1. Fundamentación

El Decreto de Reconversión tiene su fundamento (según lo dispuesto en su texto) en el *artículo 226 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*; y en los *numerales 2 y 24 del artículo 236 ejusdem*, en concordancia con el *artículo 46 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública*, y con el *artículo 3° del Decreto N° 3.239 de fecha 09 de enero de 2018*, mediante el cual se declaró *el Estado Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional*¹⁰, prorrogado mediante Decreto N° 3.308 del 09 de marzo de 2018¹¹.

En sus considerandos, el Decreto de Reconversión señala las razones por las cuales se implementa esta medida de reconversión, entre ellas, las siguientes:

4. *“Que es deber irrenunciable del Estado venezolano defender y asegurar la vida digna de sus ciudadanas y ciudadanos, y protegerles frente a amenazas, haciendo efectivo el Orden Constitucional, el restablecimiento de la paz social que garantice el acceso oportuno de la población a los bienes y servicios básicos de primera necesidad, así como el disfrute de sus derechos en un ambiente pleno de tranquilidad y estabilidad”.*

5. *“Que la República Bolivariana de Venezuela actualmente es objeto de una agresión ilegal e inmoral por el Gobierno de los Estados Unidos de América y gobiernos que actúan bajo sus órdenes, con la anuencia y complicidad de grupos económicos y políticos, cuyo principal componente es la aplicación de un bloqueo*

¹⁰ Gaceta Oficial Nro. 41.316 del 09 de enero de 2018.

¹¹ Gaceta Oficial Nro. 41.357 del 09 de marzo de 2018.

económico y financiero que ha generado efectos perversos en los niveles de precios y en el suministro de bienes de capital y de consumo desde el exterior”.

6. *“Que es imperioso dictar medidas especiales y excepcionales, para proteger al Pueblo y garantizar de manera efectiva una economía capaz de mantener la cohesión social y la estabilidad política, esenciales para la vida e impedir que continúen los ataques contra la Patria, dirigidos por intereses foráneos que sólo buscan su interés particular”.*

7. *“Que en el marco del Decreto mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, se requiere tomar medidas urgentes para garantizar y defender la economía, a efectos de evitar su vulnerabilidad y asegurar el Bienestar Social”.*

Dispone el Decreto de Reconversión, además, que a partir del 4 de julio de 2018 todos los billetes y monedas metálicos emitidos por el Banco Central de Venezuela, representativos de la unidad monetaria que se reexpresa en virtud del Decreto de Reconversión, *“quedarán desmonetizados”.*

Para ello, el Decreto de Reconversión establece que de *“todo lo relacionado con la reconversión monetaria”*, incluyendo la puesta en circulación de los nuevos billetes y monedas, y la *“campaña divulgativa y formativa de la reconversión monetaria”*, deberá encargarse el Banco Central de Venezuela mediante Resolución que dicte a tal efecto.

Además de los lineamientos con ocasión de la reconversión monetaria, el aludido Decreto establece que quien se niegue a realizar la reconversión monetaria o incumpla cualquiera de las obligaciones dispuestas en dicho decreto, será sancionado administrativamente por el Banco Central de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela.

Por último, dispone el Decreto de Reconversión la exoneración del pago del impuesto al valor agregado y del pago del impuesto sobre la renta de las actividades u operaciones y de los enriquecimientos netos obtenidos, respectivamente, que deban realizarse para la producción y

distribución de los nuevos billetes y monedas a ser emitidos por el Banco Central de Venezuela.

2. La fundamentación del Decreto de Reversión revela que es un acto de rango sublegal

Al referirse expresamente en su fundamentación a las competencias previstas en el artículo 46 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, se reconoce que el Decreto de Reversión es un acto de rango sublegal. En efecto, el artículo 46 dispone que el Presidente de la República, en su carácter de Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, dirige la acción del gobierno y de la Administración Pública, con la colaboración inmediata del Vicepresidente Ejecutivo, conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y **la Ley**, por lo que no está en modo alguno refiriéndose a la facultad extraordinaria de dictar actos con rango y fuerza de ley.

Si el Decreto es un acto sublegal viola la reserva legal, y además, si el Decreto es un acto administrativo es doblemente inconstitucional porque estaría no sólo violando el principio de la reserva legal sino también las competencias administrativas en materia monetaria que son constitucionalmente exclusivas del Banco Central de Venezuela.

3. El Decreto de Emergencia Económica no habilita para dictar medidas en materia monetaria y es además un acto nulo de nulidad absoluta

El Decreto de Emergencia Económica no ha sido autorizado por la Asamblea Nacional, viola el límite temporal de la Constitución (60 días prorrogable por 60 más), y se ha dictado en desviación de poder pues se ha usado para transferir de forma regular la función legislativa del parlamento al órgano ejecutivo, lo cual supone una ruptura del orden constitucional. En todo caso, el Decreto de Emergencia invocado como fundamento del Decreto de Reversión no habilita al Presidente a dictar este tipo de medidas.

El Decreto de Estado Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional es inconstitucional por ser violatorio de los

artículos que regulan los Estados de Excepción: artículos 337¹², 338¹³ y 339¹⁴ de la Constitución, no cuenta con la autorización parlamentaria y está enmarcado en una acción del Ejecutivo para burlar la temporalidad constitucionalmente prevista para este tipo de estado de emergencia.

En efecto, los decretos de estado de excepción y emergencia económica se iniciaron en enero de 2016¹⁵ y han sido prorrogados y

¹² Artículo 337. El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

¹³ Artículo 338. Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación, o de sus ciudadanos y ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más.

Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual.

Podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones. Se prolongará hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

La aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional. Una ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos.

¹⁴ Artículo 339. El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron. La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público.

¹⁵ Decreto N° 2.184, mediante el cual se declara el Estado de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y su ordenamiento jurídico, por un lapso de sesenta (60) días, en los términos que en él se indican. Gaceta Oficial Nro. 6.214 extraordinario del 14 de enero de 2016.

sustituidos por nuevos decretos consecutivamente hasta marzo de 2018¹⁶ de forma inconstitucional, dado que:

- Violan la formalidad necesaria de la aprobación parlamentaria, pues la Asamblea Nacional no ha autorizado dichos decretos (artículo 339) ni ha aprobado la prórroga que es su competencia exclusiva.
- Las prórrogas violan la competencia de la Asamblea Nacional que es el órgano que debe decidirla (artículo 338).
- Violan la temporalidad del decreto de emergencia económica que es solo de 60 días prorrogable por una sola vez y ya van más de dos años de emergencia ininterrumpida (artículo 338).
- Violan el artículo 337 de la Constitución al no determinar las circunstancias de orden económico que afecten gravemente la nación, las instituciones y los ciudadanos, es decir, los hechos objetivos que justifiquen la declaratoria de estado de excepción.
- Violan el artículo 338 de la Constitución, que dispone que podrá decretarse el estado de emergencia económica únicamente cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación.
- Los Decretos de Estado de Excepción y Emergencia Económica son inconstitucionales en la medida en que otorgan al Ejecutivo Nacional una serie de poderes ilimitados sin especificar la regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe y nunca fueron aprobados por la Asamblea Nacional, violando expresamente lo dispuesto en el artículo 339 constitucional.

En virtud de estas consideraciones forzosamente hay que concluir que el Decreto de Reconversión es absolutamente inconstitucional desde su origen, pues ha sido dictado fundamentándose en normas que no

¹⁶ Decreto N° 3.308, mediante el cual se prorroga por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N° 3.239, de fecha 09 de enero de 2018, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el Orden Constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las Instituciones Públicas y a las ciudadanas y a los ciudadanos habitantes de la República. Gaceta Oficial Nro. 41.357 del 09 de marzo de 2018.

atribuyen ningún tipo de legitimidad al presidente de la República para legislar sobre el sistema monetario y que es a su vez inconstitucional.

Tampoco habilita este Decreto al presidente a dictar medidas en materia monetaria, pues señala que se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional, *“dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el Orden Constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y ciudadanos habitantes de la República, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida”*.

En efecto, en lo monetario, el decreto se limita a autorizar al Presidente a *“Dictar medidas extraordinarias que permitan a la autoridad monetaria nacional –esto es el Banco Central de Venezuela- agilizar y garantizar a la ciudadanía la importación, distribución y disponibilidad oportuna de las monedas y billetes de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela.”*

De manera que al no existir un estado de excepción constitucional, excepcional y específico que le atribuya la posibilidad de dictar este tipo de medidas para atender la emergencia, el Decreto de Reversión monetaria dictado por el presidente de la República mediante el cual pretende reconvertir la moneda venezolana es inconstitucional por cuanto pretende legislar sobre una materia cuya regulación está reservada a la ley.

3.1. El carácter de temporalidad de las medidas dictadas con ocasión de un Decreto de emergencia económica impide la alteración del régimen monetario de forma permanente

Además de lo anterior, aun cuando la declaratoria de estado de excepción hubiese sido decretada constitucionalmente, lo cual rechazamos, y esta a su vez otorgara competencias al presidente de la República

para dictar medidas que modificaran el sistema monetario nacional, ello no podría servir de fundamento para reformar el régimen monetario del país.

En efecto, toda medida adoptada en el marco de un estado de excepción (de emergencia económica, de alarma o de conmoción) debe tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia, pues así está consagrado en el artículo 5 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción, el cual dicta lo siguiente:

“Artículo 5. Toda medida de excepción debe tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia”.

Asimismo, conforme al artículo 11 de la citada ley orgánica¹⁷, y para el caso particular del decreto que declare el Estado de Emergencia Económica, solo se pueden disponer las medidas oportunas con el fin de impedir la extensión de los efectos de dicha emergencia económica, es decir, para resolver satisfactoriamente la anormalidad o crisis. Ello, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación y de manera temporal¹⁸.

Ciertamente, el principio jurídico internacional denominado “principio de temporalidad en los estados de excepción”¹⁹, contemplado en el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que “...las disposiciones que adopten los Estados para suspender las obligaciones contraídas..., lo serán en la medida y por el

¹⁷ “Capítulo II. Del estado de emergencia económica:

Artículo 11. El decreto que declare el estado de emergencia económica dispondrá las medidas oportunas, destinadas a resolver satisfactoriamente la anormalidad o crisis e impedir la extensión de sus efectos”.

¹⁸ Brewer-Carías, Allan. “El Régimen Constitucional de los Decretos Leyes y los Actos de Gobierno”. Ponencia para el VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, San Cristóbal, noviembre 2001. Páginas 18 y 19.

¹⁹ Contemplado en el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “...las disposiciones que adopten los Estados para suspender las obligaciones contraídas..., lo serán en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”.

tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”, supone que *“las medidas extraordinarias que adopten los Estados deberán ser de carácter temporal y no excesivamente prolongadas e indefinidas”*.

La violación a dicho principio de temporalidad de los estados de excepción representaría, como lo hace el Decreto de reconversión monetaria, una grave alteración en la legalidad vigente, en el ordenamiento jurídico tanto interno como internacional *“y en el mismo Estado de Derecho; y una alteración en la legalidad constitucional, la cual se convertiría en legalidad de excepción, y ésta, en la ley normal y ordinaria por su vigencia prolongada en el tiempo”*²⁰.

De otra parte, además de la provisionalidad de la medida dictada en los estados de excepción, se predica también el principio de la mínima intervención, según el cual pueden dictarse solo las medidas excepcionales e indispensables para afrontar una crisis económica declarada mediante estado de excepción.

Entendemos de esta forma que todas las medidas dictadas con ocasión de un estado de excepción solo pueden ser adoptadas como última ratio para evitar o frenar las circunstancias que ocasionaron la declaratoria del estado de emergencia, y que a su vez, deben necesariamente ser de carácter transitorio, provisional o temporal, pues como se pudo evidenciar, cualquier medida adoptada en el marco de un estado de excepción no puede, bajo ninguna circunstancia, regir más que por el tiempo estrictamente indispensable para superar la crisis, o de lo contrario se estaría vulnerando el principio de legalidad.

No podría, una materia tan importante y con vocación de permanencia -nunca de provisionalidad- como es el sistema monetario, regularse mediante un régimen transitorio y de circunstancias sobrevenidas como el estado de excepción y de “emergencia económica” (artículos 337 al 339 de la Constitución). La regulación del sistema monetario es, insistimos, materia reservada a la ley. De forma que el Decreto que se comenta es inconstitucional pues usurpa funciones propias de la Asamblea Nacional (artículos 156, numerales 11, 32 y 33; 187, numeral 1; y, 202).

²⁰ Meléndez, Florentín. “Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derechos Internacional de los Derechos Humanos”. Universidad Complutense, Madrid, España. 1997. Pág. 108.

IV. VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO DE RECONVERSIÓN MONETARIA

1. Inconstitucionalidad por violación del principio de reserva legal

Al haberse basado el Decreto de Reconversión en la Ley Orgánica de la Administración Pública en la norma que contempla el principio de legalidad de la actuación presidencial, éste es un acto administrativo y por tanto de rango sublegal y viola el principio de la reserva legal.

En todo caso, al no haber sido autorizado el Decreto de Reconversión por una Ley Habilitante éste no tiene rango legal y viola el principio de la reserva legal. Igualmente al basarse en el Decreto de Emergencia Económica que es nulo de nulidad absoluta, carece de un fundamento que justifique la facultad presidencial de dictar decretos leyes y, por tanto, el Decreto de Reconversión viola el principio de la reserva legal.

2. Inconstitucionalidad por usurpación de funciones propias de la Asamblea Nacional

Siendo que por disposición constitucional (artículo 187, numeral 1), el único órgano legitimado para legislar en las materias de la competencia nacional, incluyendo el sistema monetario (artículo 156, numerales 11 y 32) es la Asamblea Nacional, que no existe una habilitación para que el Presidente legisle en esta materia, que el Decreto de Emergencia Económica no lo autoriza a regular la reconversión monetaria y aun si lo hiciera que dicho decreto de emergencia económica es nulo de nulidad absoluta, la conclusión es que el presidente de la República carece de toda competencia para, mediante el Decreto de Reconversión Monetaria, modificar o “reexpresar” el sistema monetario actual, pero sin embargo, lo hace en usurpación de las funciones propias de la Asamblea Nacional.

En efecto, el Decreto de Reconversión persigue la anulación -mediante la usurpación- de las funciones propias del órgano legislativo (Asamblea Nacional), único órgano del Poder Público legitimado por el pueblo venezolano a través de elecciones libres, universales, directas y

secretas para legislar en las materias de competencia del Poder Nacional, como lo es el sistema monetario (artículo 187, numeral 1, en concordancia con el artículo 156, numerales 11 y 32, de la Constitución).

El artículo 138 de la Constitución dispone que toda autoridad usurpada es nula, por tanto el Decreto de Reconversión económica es nulo de nulidad absoluta.

3. Inconstitucionalidad por violación del principio de separación de poderes

El Decreto de Reconversión Monetaria vulnera a su vez el principio de separación de poderes establecido en el artículo 136, en concordancia con el artículo 137 de la Constitución, según los cuales “*Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias*”, y solo 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*”.

4. Inconstitucionalidad por violación de las competencias del Banco Central de Venezuela

Conforme a los artículos 318 y 320 de la Constitución, las competencias monetarias del Poder Público Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela a quien corresponde regular la moneda y la ejecución de las políticas monetarias con la colaboración del ministerio responsable de las finanzas.

Por tanto el único órgano legitimado para formular y ejercer las competencias monetarias es el Banco Central de Venezuela y el Decreto de Reconversión dictado por el presidente de la república contraviene estas normas constitucionales.

V. CONCLUSIONES

1. Las normas sobre las cuales se fundamenta el Decreto de Reconversión no habilitan al Presidente para ejercer competencias legislativas que constitucionalmente fueron asignadas a otro órgano del Poder Público Nacional.

2. La norma del Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica sobre la cual también está fundamentado del Decreto de reconversión es igualmente inconstitucional, por cuanto viola los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución, normas que regulan los estados de excepción.
3. No podría, una materia tan importante y con vocación de permanencia -nunca de provisionalidad- como es el sistema monetario, regularse mediante un régimen transitorio y de circunstancias sobrevenidas como el estado de excepción y de “emergencia económica” (artículos 337 al 339 de la Constitución). La regulación del sistema monetario es, insistimos, materia reservada a la ley.
4. El Decreto de Reconversión Monetaria es inconstitucional, por cuanto regula una materia que se encuentra constitucionalmente reservada a la ley (artículo 156, numerales 11, 32 y 33 de la Constitución), y en consecuencia, sólo puede ser regulada a través de la ley en sentido formal.
5. Es inconstitucional pues usurpa las funciones propias de la Asamblea Nacional de conformidad con los artículos 187 numeral 1, 202, 203, y 236 *eiusdem*, y en consecuencia viola el principio de separación de poderes establecido en el artículo 136 en concordancia con el artículo 137 constitucional, a lo cual se aplica la consecuencia establecida en el artículo 138 de la Constitución según el cual “*Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos*”.

**EL DERECHO COMO JUEGO SOCIAL.
DR. ALEJO URDANETA.**

I

Ya sabemos que el Derecho como sistema es el soporte social y del Estado o entidad ideal que representa a la sociedad. Quien quiera vivir en sociedad debe hacer el juego jurídico.

Cada vez que una sociedad conquista la hegemonía, se empeña en organizar su dominio imponiendo reglas que aseguren el orden necesario para la existencia viable y duradera de la nueva organización social. Fue “*la pax romana*” del Imperio y la dominación pacífica de Roma. En el Medioevo, la cristiandad conoció “*la pax ecclesiae*”, dado que la Iglesia ejercía un dominio político además del espiritual. Hoy hablamos de “*paix bourgeoise*” como nuevo orden social común en Occidente, sucesora de las anteriores y asumida con elementos de aquéllas.

Con el holandés Grotius, filósofo y jurista protestante, se impuso una llamada filosofía moderna, con un nuevo lenguaje para la paz. Había ocurrido el retiro de Holanda y Gran Bretaña de la sociedad dominada por la religión católica; se había roto la unidad del mundo después de siglos de una teología confesional. Era necesario hallar un terreno de entendimiento entre las corrientes opuestas, y fue el filósofo Grotius quien construyó un acuerdo coherente, del cual surgieron doctrinas tales como el iusnaturalismo racionalista, el individualismo voluntarista y el empuje del subjetivismo. Aparece una imagen que puede resumirlo: el retiro de las armas ante la toga como expresión del Derecho. Con ello se redujo el funcionamiento de las relaciones públicas para dar paso a los derechos individuales.

La guerra que enfrenta a los grupos sociales tiende a proteger los bienes particulares, cuya pertenencia privada y exclusiva está justificada por el Derecho Natural, que por su esencia se impone a todos sin distinciones, pues la naturaleza tiene primacía, como la podía tener en épocas y tiempos diferentes la autoridad sacerdotal.

Pero la protección de la propiedad sólo puede ser asegurada por la fuerza cuando es amenazada, con la posibilidad de prevenir los conflictos antes de que sean irreversibles. “*El hombre de bien debe evitar la guerra antes que promoverla*”, afirmaba Grotius, y añadía que constreñido por sus intereses personales, pudiera ceder a esa limitación.

Surge de aquí la necesidad de someter al Derecho las relaciones humanas y consagrar la paz con las reglas del juego del sistema jurídico. Tenemos, entonces, en el terreno social a la civilización, concebida como una técnica racional de existencia: una nueva victoria de la argumentación sobre la fuerza. Es lo que en el tiempo ha sido calificado de occidentalismo, antes de adquirir el título de ‘burgués’ o Civilización Burguesa.

El Derecho moderno ha hecho posible la creación de dos sentidos opuestos: Paz/Guerra, y Civil/Bárbaro: La guerra es a la barbarie lo que la paz a los pueblos civilizados. El concepto de civilización contiene las costumbres del ente social: configura su *ETHOS* como morada espiritual del conjunto social de que se trate, y la guerra destruye el equilibrio del hombre con sus costumbres.

II

En el sistema de civilización occidental las reglas de juego se hallan en los textos legales y en los actos de autoridad del gobernante. Lo que allí se establezca deberá traer o conservar la paz social.

Al instalarse el individualismo en el dominio jurídico, las relaciones sociales son predominantemente civiles, sin atención especial a castas o sectas. El derecho es privado porque atiende relaciones entre civiles, y el llamado derecho público vigila la aplicación del Derecho Civil y formula los controles necesarios para que los efectos del pacto social se produzcan en la paz. En el Derecho Civil están las premisas filosóficas de toda la legislación.

Se ha acuñado la denominación de Humanismo jurídico para denotar la presencia del hombre como fundamento, y a partir de ello la preocupación constante de los juristas, conscientes del lugar esencial que ocupa el ser humano en la determinación de un sistema normativo. La relaciones humanas constituyen la naturaleza del Derecho, del cual

surgen las ideas que consideran al hombre como un ser estructuralmente invariable, y al Derecho como el medio de protegerlo contra la injusticia y el error.

Aquí interviene necesariamente la noción de *orden burgués*, para los Estados que han asumido los principios del Derecho Romano y occidental europeos.

En el humanismo jurídico, por el transcurso histórico del concepto, y por muchas razones han sido sus raíces los principios de Montesquieu: Si el individualismo no puede fundar el Derecho, sistema de relaciones entre los hombres, su caída entraña necesariamente la del humanismo.

La organización colectiva llama al orden, sin el cual es vano pretender lo justo y la verdad. En términos jurídicos, el orden social es el ordenamiento de la sociedad según el esquema normativo oficialmente reconocido en un tiempo y lugar determinados. De allí que en cada lugar valen reglas que son exclusivas de ese lugar constituido como Estado (salvo que por expansión hayan sido tomadas o copiadas por otros estados), y también con diferencias de valor propios y distintos, determinantes en su aplicación y acatamiento en cada uno de ellos. La consecuencia de tal exclusividad legal nos muestra la naturaleza y contenido, de normas reguladoras que establecen prohibiciones que resultarían inaceptables en otras colectividades. Habría en cada comunidad un conjunto de reglas que justificarán la sumisión individual voluntaria, sometida al ordenamiento creado por el Estado.

En todos los casos, se considerará como violencia el uso de la fuerza contra la organización social estructurada, en vista de la salvaguarda de los valores jurídicos aceptados.

A la luz de lo que hemos dicho despunta la motivación radical de lo jurídico, su primera raíz vital. Hemos tratado de justicia y de los valores que el Derecho debe encarnar y cuya realización debe hacerse conforme a las reglas de la juridicidad. Sin embargo, la realización de tales objetivos cuenta con la seguridad y la urgencia de lograrla y mantenerla.

El Derecho tiene por finalidad esencial la de colmar la seguridad y la certeza en la vida social. Y al tenerlas, aquellos valores podrán cumplirse: Un ordenamiento jurídico no estará justificado, no será justo, sino en la medida en que cumpla los valores que deben servirle de orientación.

El individuo como entidad personal debe beneficiarse del equilibrio social, con base en dos principios: 1° Superioridad de la persona individual sobre el grupo; 2° Igualdad fundamental de todos los hombres. Es lo que se ha denominado: Personalismo.

En las concepciones transpersonalistas, el hombre no es considerado como ser moral, con dignidad como persona que tiene la singular misión de cumplir con la sociedad, fundándose en los valores que sustentan su existencia. Por el contrario, el individuo es utilizado como material para la realización de objetivos que trascienden su propia existencia moral. Su obra debe ser, conforme a esta doctrina, transhumana (ajena a la individualidad), encarnada por el Estado.

Son expresiones del transpersonalismo las doctrinas de la Antigüedad pagana, las romántico-traditionalistas, los idearios ultraconservadores, el militarismo, el belicismo, el fascismo, el nazismo y otros programas extremistas.

¿Dónde queda el orden público, superior al individuo?

Junto con las buenas costumbres y la equidad, el orden público ha sido calificado como idea flotante, porque ellas significan un juego de cartas en manos del gobernante. ¿Cuál infracción a las libertades, por pequeña que ella sea, no justificaría el predominio del orden público? Sabemos que la noción de orden público está en el lado del Derecho Público, y ninguna ley ni convención entre particulares pueden derogar reglas de tal naturaleza.

La ley civil puede ser considerada en dos maneras opuestas: Como un conjunto de disposiciones interpretativas o supletorias de la voluntad, en cuyo caso la ley de orden público es excepcional, en el sentido de exclusión de la libertad contractual o de escogencia: Todo lo que no está prohibido puede hacerse. Y puede también concebirse como un conjunto de excepciones al principio de libertad jurídica, al reservarse el gobernante la preferencia para el orden público.

De tal modo queda indefinida la noción de orden público, porque no hay nada más peligroso que la utilización *ad libitum* de una noción tan imprecisa. La introducción de este concepto en un sistema de Derecho individualista no tiene aplicación metodológica.

III

La supuesta equivalencia entre el concepto del Derecho y el carácter burgués de la legalidad y la justicia, es decir la relación entre lo jurídico y la idea burguesa del individualismo que se ha dado al sistema de derecho en Occidente, puede causar efectos indeseables. Más que la desconfianza a que nos referimos, es quizás la resignación lo más grave: El desengaño de quienes padecen de la injusticia en la aplicación del derecho, produce el estancamiento de la fórmula de composición social, y persuadidos los sujetos de que las reglas jurídicas pueden progresar mediante simples adaptaciones, día a día, proclaman derogaciones sucesivas de las leyes, con lo que se empaña el sentido original de las reglas y se llega al olvido de los fundamentos que las inspiraron. Es un maquillaje que actúa como inmunización y no logra las transformaciones necesarias.

Hay un tránsito casi imperceptible desde el individualismo hacia el humanismo jurídico. No obstante lo dicho, la asimilación del Derecho a la concepción civilista llamada ‘burguesa’ puede provocar una advertencia en el orden social instaurado: una actitud de desconfianza o resignación en la sociedad, proveniente de la aparente equivalencia entre el concepto individualista del Derecho y el carácter objetivo y general de la legalidad y de la justicia, en razón de que el diseño jurídico se ha dibujado en torno al individuo y a la libertad jurídica.

Surgen así las deserciones del sistema jurídico, para abrir el portal del dominio caótico del más fuerte.

**LAS FORMAS DEL DERECHO COMO LÍMITE
AL PODER. PALABRAS DE PRESENTACIÓN
DE LA OBRA SOBRE FALACIAS, JUSTICIA
CONSTITUCIONAL Y DERECHO TRIBUTARIO.
DEL GOBIERNO DE LAS LEYES
AL GOBIERNO DE LOS HOMBRES: MÁS ALLÁ
DE «LA PESADILLA Y EL NOBLE SUEÑO».
PROF. SERVILIANO ABACHE CARVAJAL.**

Caracas, 18 de octubre de 2016.

Los *ejes temáticos* a los cuales me aboqué en el libro que hoy se presenta, guardan íntima relación con un artículo que recientemente leí del conocido iusfilósofo español Juan Antonio GARCÍA AMADO, intitulado **¿Qué es saber Derecho y ser buen jurista?** En éste, su autor explica que la respuesta a la pregunta que se plantea pasa por tres aspectos, cuales son: (i) *entender y manejar* el lenguaje jurídico, (ii) saber *encontrar* las normas jurídicas aplicables al caso que nos ocupe, y (iii) saber *interpretar* dichas normas, así como poder justificar adecuadamente, esto es, *argumentar* de manera correcta, la opción interpretativa por la cual nos decantamos dentro de los distintos sentidos o significados posibles que encierre el enunciado jurídico en cuestión.

Como lo explica el catedrático español, para los dos primeros aspectos indicados es necesario tener un buen manejo de la dogmática jurídica y de la teoría general del Derecho, mientras que para el tercero señalado, que goza de especial interés para nosotros el día de hoy a propósito del libro que nos reúne, se requiere, entre otras cosas, lectura y análisis crítico de sentencias.

En sintonía con GARCÍA AMADO, pero analizando el estudio del *fenómeno jurídico* desde la acera de en frente, no deja de tener razón ROMERO-MUCI al explicar -en su extraordinario prólogo de la obra- que estamos ante una « [o]portunidad estelar para aprender críticamente, por contraste, lo que **no es derecho**, las perplejidades del **anti-derecho** o simplemente las patologías del **revés**, y a la vez, afianzar el conocimiento y las prácticas que promueven la razonabilidad del derecho ».

Pues bien, la obra que nos ocupa versa sobre el –por todos conocido- polémico caso del artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, objeto de la sentencia N° 301, dictada el 27 de febrero de 2007, sus respectivas aclaratorias, la doctrina de la Administración Tributaria y,

finalmente, la «reforma ejecutiva» de esa ley dictada el 18 de noviembre de 2014, en la cual, una vez más, se «modificó» la norma en cuestión.

La finalidad del libro, como podrá apreciarse, no fue otra que intentar darle virtualidad al tercer elemento al que hace alusión GARCÍA AMADO, y presentar un estudio analítico del Derecho por medio del Anti-Derecho que explica ROMERO-MUCI, a partir de un ejercicio de *interpretación jurídica*, por un lado, y de *argumentación jurídica*, por el otro, del contenido discursivo de la sentencia y de los materiales jurídicos que se emplean en la misma, las piezas del Derecho objeto de análisis en el fallo y los desenlaces arribados en éste.

El enfoque asumido, desde las teorías de la argumentación y de la interpretación jurídica, se deja ver desde el título mismo de la obra: *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de «la pesadilla y el noble sueño»*, con el cual se delimitan las ramas del saber jurídico y el campo de estudio abordados.

En primer lugar, tenemos el tema de las *falacias*. Éstas se refieren, como es sabido, a argumentos que gozan de apariencias de corrección, que *parecen* buenos, pero que realmente *no lo son*. Estos *argumentos fallidos* pueden adolecer de un error *formal* (en la inferencia argumentativa), de un error *material* (en la selección de las premisas del argumento), o de un error *pragmático* (en el lenguaje o en las reglas del discurso) que, al fin y a la postre, los tacha de invalidez.

El capítulo introductorio de la obra versa sobre el *mundo de las falacias*, su concepto, concepciones y clasificaciones, con la finalidad de sentar las bases mínimas necesarias que deberán tenerse presente al adentrarse en el segundo capítulo del libro: el caso de la sentencia N° 301/2007, la cual, como es palpable de inicio a fin en su contenido justificativo interno y externo, está plagada de falacias y *manipulaciones discursivas*. Tan es así, que el fallo en cuestión pudiera ser referido como el caso paradigmático de ¡mala argumentación!, de ¡cómo no debe justificarse un fallo!

Quizás lo más reprochable de la sentencia N° 301 –a efectos de los pseudo-razonamientos utilizados- sea la *falacia de la desviación del asunto de fondo* que constituye –además del punto de inflexión del caso-, un *artilugio para la dominación* con fundamento en el prestigio

del principio de capacidad contributiva, como bien lo explica ROMERO-MUCI, mediante el cual la Sala Constitucional, en lugar de mantenerse en el tema objeto de discusión (nulidad de los enunciados jurídicos que regulaban el impuesto al dividendo), se adentró en un aspecto que no había sido cuestionado, recurrido o, siquiera, comentado por los recurrentes, para con ello entrar –de oficio y falazmente- a conocer lo que se convertiría en el eje (paradójicamente no debatido) del asunto: *la imposición de la renta salarial*.

La denunciada situación de actuación de oficio de la Sala Constitucional sobre un tema no cuestionado, dio lugar al segundo aspecto del libro –y, con ello, de su título-: la denominada «justicia constitucional». La tarea asumida consistió –principalmente- en desentrañar el contenido de las *normas constitutivas* establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a fin de analizar la actuación desplegada por la Sala Constitucional desde las fuentes (formales-vinculantes) de nuestro ordenamiento jurídico, para precisar si dicha Sala podía o no hacer lo que, en definitiva, terminó haciendo, esto es: (i) *revisar* de oficio una norma *no* impugnada o recurrida; y (ii) *modificar* el contenido normativo de un enunciado *legal*.

La ausencia de tales facultades o poderes por parte de la Sala Constitucional, como lo denunciamos en el trabajo, pone en clara perspectiva la situación del Derecho venezolano, en lo general, y de nuestro Derecho tributario, en lo particular: hemos pasado, sin más, *del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres*; no es el Estado de Derecho el que nos gobierna, sino una «aristocracia judicial», «neolingüística», «activista» y «justiciera», que conforme a «su moral», ajusta el ordenamiento jurídico en apego a *sus intereses* y, con ello, peligrosamente delimita –por no decir que quebranta- nuestras vidas y libertad. En fin, se concretó la *patología del revés*, que denuncia ROMERO-MUCI.

Y fue precisamente esa *actitud justiciera y activista* lo que llevó a la Sala Constitucional a pretender «interpretar» (de oficio) el artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, «olvidando» que la *interpretación jurídica* –en sus distintos enfoques- no habilita la *modificación* del enunciado objeto de la actividad interpretativa. En efecto, y como enseña GUASTINI, la interpretación jurídica consiste, desde sus distintas concepciones, en bien: (i) *descubrir* el sentido verdadero y único del

enunciado, desentrañando la opción correcta dentro de las presentes en la norma bajo examen, de acuerdo con la tesis formalista (referida como el «noble sueño» por H. L. A. HART); (ii) *adjudicarle* sentido a la norma, que consiste en decidir si los hechos en cuestión encuadran o no en la misma, esto es, decidir un significado dentro de los múltiples posibles, para la tesis realista (bautizada «la pesadilla» por HART); y (iii) *descubrir* el sentido de la norma en los «casos fáciles» y *adjudicarle* sentido a la norma en los «casos difíciles», según la tesis intermedia.

Como luce evidente, ninguna de las dimensiones de la interpretación jurídica permite considerar bajo el rótulo de «interpretación», la posibilidad de *modificar* el tenor literal de la norma, de cambiar la letra que democráticamente escribió el propio legislador (o el constituyente, claro está), sino de *seleccionar* el sentido de la norma que es constitucional (conforme a la Constitución), por cuanto y como lo ha explicado con rigor FRANCISCO DELGADO “[n]o hay duda que aquello que finalmente se llega a establecer como el sentido de la norma tiene que ser compatible con el lenguaje del texto analizado; de otro modo, ya no se estaría interpretando sino modificando, corrigiendo, o simplemente sustituyendo el derecho vigente”, como (inconstitucionalmente) lo hizo en este caso la Sala Constitucional, produciéndose una manifiesta usurpación del órgano jurisdiccional en los *poderes de modificación* del contenido del Derecho de la autoridad legislativa, violando, así, el principio de separación de poderes, la reserva legal tributaria y, con ello, nuestra libertad.

Y como si todo lo anterior no fuera suficiente, la supuesta «interpretación» realizada por la Sala Constitucional del artículo 31 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, carece –al contrario de lo sentado en el mismo fallo– de *carácter vinculante*. En efecto, conforme al artículo 335 de la Constitución: «[L]as interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República».

Pues bien, de acuerdo con el enunciado normativo citado, tienen carácter vinculante las sentencias (i) de la Sala Constitucional que (ii) interpreten (iii) normas (reglas) y principios constitucionales; *condiciones necesarias* éstas que deben estar presentes de manera *concurrente* para otorgar el carácter vinculatorio al fallo de que se trate, lo

que a su vez permite afirmar, por argumento *a contrario*, que si alguna sentencia (i) no emana de la Sala Constitucional, o (ii) no concreta o materializa actividad interpretativa alguna (y, por el contrario, lo que hace [o pretende hacer] es *modificar* una norma, v. g. el caso en cuestión), o (iii) de haber tenido lugar actividad interpretativa, ésta no versa sobre normas (reglas) o principios establecidos en la Constitución (nuevamente, el caso analizado), entonces dicha sentencia no tendrá (no puede tener) carácter vinculante al amparo del artículo 335 de la *norma normarum*.

Para mayor precisión de lo señalado, es necesario tener presente que la interpretación de las *normas constitutivas* debe ser –siempre y forzosamente- *restrictiva*, porque está en juego nada más y nada menos que la libertad individual, la cual no puede bajo concepto alguno ponerse en riesgo por interpretaciones *extensivas* mediante las cuales se pretendan ampliar, allende del Derecho positivo, las facultades de los órganos de los poderes públicos y, en este específico caso, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuyos poderes, ya de por sí bastante amplios, «auto-atribuidos» y extralimitados, son tales como para reconocerles otros que, lisamente, *no tienen*.

Lo expuesto se traduce en que, todo este caso se presenta como un manifiesto atentado contra la Constitución y el propio Estado de Derecho, debiéndose recordar que una cosa es *tener* Constitución (concepción formal: texto escrito) y otra –muy distinta- es *vivir* (real y no semánticamente) en Constitución (concepción material: separación de poderes y garantía de los derechos individuales, en tanto límites efectivos al poder), como lo ha precisado con rigor el iusfilósofo Josep AGUILÓ REGLA.

Por su parte, la sentencia N° 301 se tradujo, en el ámbito laboral y como atinadamente lo ha denunciado PALACIOS MÁRQUEZ en la excelente reseña que hiciera del libro, en una indeseable manifestación de «[i]nseguridad jurídica e incertidumbre que ocasiona en el trabajador al momento de proceder a efectuar la estimación que la empresa realiza de la retención del impuesto y al determinar, liquidar y pagar la cuota impositiva del ejercicio anual correspondiente», esto sin entrar en las mismas consideraciones del lado del patrono, quien es, por cierto, susceptible de sanciones.

En lo fiscal, el fallo ha conducido a una evidente deformación del espectro de incidencia en la valoración de lo imponible en las rentas salariales, al dejar de lado las *remuneraciones accidentales* que son, en efecto, incuestionables potencialidades de renta o incrementos patrimoniales. Quizás valdría la pena cavilar en otra oportunidad –a contracorriente de lo decidido en el fallo-, en un enfoque de la tributación salarial que no se proyectase plenamente sobre los conceptos *regulares, permanentes y conmutativos*, en tanto difícilmente representan un verdadero índice de capacidad contributiva de los trabajadores –por lo menos en la mayoría de los casos-, dado sus montos extremadamente bajos en la realidad laboral venezolana, sino más bien considerar la viabilidad técnica de que (sólo) se gravasen las manifestaciones *irregulares, accidentales y no conmutativas*, que pudieran tener la virtualidad de representar un índice más razonable –o real- de capacidad contributiva, al generar una efectiva expresión de *incremento patrimonial*. En cualquier caso, y al margen de esta incipiente reflexión en voz alta, no paso por alto que las remuneraciones salariales (sean *regulares* o *accidentales*) califican, en puridad técnica y conceptual, como renta, en tanto representen incrementos patrimoniales anuales, netos y disponibles.

Lo señalado cobra aún más sentido, si se repara en las *perversiones* que aqueja el abuso de la Unidad Tributaria en el caso específico de cuantificación de la tributación de las rentas bajo relación de dependencia, a los efectos de lidiar con las distorsiones inflacionarias en el poder adquisitivo de la remuneración salarial. Como bien enseña ROMERO-MUCI, en su –recién publicado- trabajo, intitulado *Uso, abuso y perversión de la Unidad Tributaria. Una reflexión sobre tributación indigna*, lo cierto es que «[s]i la Sala Constitucional quería atender seriamente el tratamiento de la capacidad contributiva de las personas naturales tanto en el ISR, como en otras formas impositivas que gravan el salario de los trabajadores, la falta de un “**mínimo vital**” y más concretamente de un “**mínimo imponible**” de protección en el ISR, debió más apropiadamente referirse a las formas de neutralización de la inflación sobre el poder adquisitivo del salario, la subestimación y el retraso en la aplicación del ajuste de la UT sobre los tramos de la tarifa correspondiente a las personas naturales (...)», entre otros aspectos.

Para ir concluyendo, hay que tener presente que recientemente la misma Sala Constitucional ha dictado dos nuevas sentencias sobre este asunto, bajo el N° 499 de 30 de junio y N° 673 de 2 de agosto, las cuales, ratificando el contenido del fallo N° 301, continúan desmeritando el ideal político del Estado de Derecho, superponiéndose –una vez más– los «señores de la toga» a la libertad individual, lo que quizás obedezca, como lo explica PALACIOS MÁRQUEZ, a que contamos «[c]on una *jurisdicción constitucional complaciente con la visión funcionalista de la gestión tributaria encasillada no en recaudar para construir, sino para demoler, no para evitar la interrupción protectora de una legislación que tergiversa los principios y valores fundamentales del sistema tributario que definió la Constitución de 1999 en procura de un extractor incontrolado de recursos para el financiamiento del gasto público, que por la irracionalidad en su establecimiento a espaldas de los principios ordenadores, se convierte en exacción*».

Antes de terminar, debo agradecer –como siempre y en primer lugar– a mi familia y amigos, que representan lo mejor de mí; al Dr. Humberto ROMERO-MUCI, por su excepcional prólogo para este libro y por las tantas discusiones que hemos sostenido sobre este tema y tantos otros de hondo calado intelectual; al Dr. Leonardo PALACIOS MÁRQUEZ, excelente jurista y mejor amigo, por su categórica e inmerecida reseña de la obra, así como por su siempre presente –así como desinteresado– apoyo en todos mis proyectos; y a esta honorable Academia de Ciencias Políticas y Sociales, presidida por mi apreciado y admirado Prof. Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN, por el honor que me concede el día de hoy al permitirme presentar este trabajo en su seno.

Para concluir, quiero rescatar –con este caso– la innegable importancia que tienen las *formalidades* –correctamente entendidas– en la concepción y validez del *fenómeno jurídico*, a propósito de su abierta desatención en el producto normativo que se concretó con esta «sentencia» (y tantas otras), para lo cual debemos echar mano a las sabias palabras de Rudolph VON IHERING, quien llegó a referirse a la *forma* –o al formalismo– del Derecho, como: *enemiga jurada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad*.

Muchas gracias.

DERECHOS HUMANOS Y DETERMINACIÓN TRIBUTARIA*. PROF. SERVILIANO ABACHE CARVAJAL**.

SUMARIO

I. VIGENCIA Y APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos. Enfoque general. 2. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico venezolano. Enfoque específico. 3. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico tributario venezolano. Enfoque fiscal. 4. El derecho a la defensa del contribuyente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. II. CERTEZA, LIQUIDEZ Y EXIGIBILIDAD DETERMINATIVA DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA. III. DERECHOS HUMANOS DEL CONTRIBUYENTE Y EL PROCEDIMIENTO DETERMINATIVO. IV. CONCLUSIÓN.

* En este trabajo revisitamos y planteamos otros aspectos abordados en nuestro estudio intitolado «Determinación, exigibilidad y derechos humanos. Hacia una reforma tributaria desde el Derecho de los derechos», *X Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2011.

** Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Tributario mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Máster en Argumentación Jurídica mención *Sobresaliente*, Universidad de Alicante, España. Experto en Fiscalidad Internacional, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor de postgrado en Derecho Tributario, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Metropolitana y Universidad Católica del Táchira. Profesor de pregrado de Introducción al Derecho, Universidad Central de Venezuela, y de Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de Número, del Consejo Directivo y Coordinador del Comité Editorial de la Revista de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Representante por Venezuela al Directorio, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. Ganador del “Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, edición 2012-2013. Miembro Encargado de la Sección Venezolana de la “Reseña de Fiscalidad Sudamericana” de la Revista *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*. Coordinador de la Sección Venezolana del Observatorio *Doxa* de Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España.

I. VIGENCIA Y APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos. Enfoque general

Una de las cuestiones principales —si acaso no la principal—, en materia de *aplicación* del Derecho internacional de los derechos humanos, esto es, de la aplicación en el orden interno estatal de los tratados de derechos humanos (TDH), es la referida a la *jerarquía* que la propia Carta Magna otorga a los instrumentos internacionales de la materia. En palabras de AYALA CORAO «[e]s, por tanto, la Constitución la llamada a establecer el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico interno o las fuentes del derecho estatal»¹. Esta jerarquía, en palabras del mismo autor —siguiendo a PIZA—², puede ser de cuatro niveles: (i) supraconstitucional, (ii) constitucional, (iii) supralegal y (iv) legal³; y, obviamente, dependiendo del nivel otorgado por la Norma Fundamental del Estado de que se trate, unas u otras serán las eventuales consecuencias que se deriven de la aplicación de los TDH.

¹ AYALA CORAO, Carlos M., «La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias», en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (Coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universal Nacional Autónoma de México, México D. F., 2002, p. 41.

² Ídem, parafraseando a PIZA, Rodolfo, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, 1989, pp. 86 y ss.

³ Sobre los distintos *niveles* o *rangos* señalados de los TDH y su aplicación por los tribunales constitucionales, *vid.* BREWER-CARIAS, Allan R., «La aplicación por los tribunales constitucionales de América Latina de los tratados internacionales en materia de derechos humanos», en CARRILLO ARTILES, Carlos Luis (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A.*, Instituto de Derecho Público de la Universal Central de Venezuela-Ediciones Paredes, Caracas, 2008, pp. 109-145.

Establecido el rango de los convenios internacionales dentro del orden interno, es necesario precisar que —en efecto— se trate de un TDH, a decir de AYALA CORAO «[r]esta entonces por determinar, cuándo estamos en presencia de un tratado “relativo” a derechos humanos»⁴. Este importante —aunque de entrada «aparentemente» evidente— test que debe efectuarse, se debe, en primer lugar, a las disímiles consecuencias o fuerzas normativas, *vinculantes o no*, que se desprenden de los distintos tipos de instrumentos internacionales sobre derechos humanos; y en segundo nivel, por razón del análisis que se deberá hacer de la Constitución de que se trate, para advertir si el rango que la misma reconoce al instrumento en cuestión, es indistinto al tipo de instrumento de que se trate o, si por el contrario, se refiere a alguna modalidad específica de éstos.

En lo que a las distintas categorías de instrumentos internacionales se refiere, como es sabido, existen: (i) tratados, convenios o pactos; (ii) protocolos; y (iii) declaraciones o instrumentos no convencionales. Por *tratados* debe entenderse, a tenor del artículo 2.1.a de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados: «[u]n acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste de un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular». Por su parte, los *protocolos* son documentos *complementarios, accesorios*, de los indicados tratados o pactos, razón por la cual, al igual que éstos, son igualmente vinculantes u obligatorios y, a su vez, pueden clasificarse en *adicionales y facultativos*, según incorporen elementos nuevos al tratado o desarrollen cuestiones del convenio principal, respectivamente⁵. Mientras que las *declaraciones* consisten, como explica NIKKEN, en «[a]ctos solemnes por los cuales representantes gubernamentales proclaman su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adoptados con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados»⁶, o a decir de GALVIS ORTIZ, en «[r]ecomendaciones de política sobre un tema determinado

⁴ AYALA CORAO, Carlos M., «La jerarquía constitucional...» *cit.*, p. 50.

⁵ Cf. GALVIS ORTIZ, Ligia, *Comprensión de lo derechos humanos. Una visión para el siglo XXI*, Ediciones Aurora, Bogotá, 2005, p. 94.

⁶ NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1987, p. 262.

para que los Estados puedan orientar su gestión pública, pero no son de obligatorio cumplimiento»⁷. Si bien, de entrada, las declaraciones carecen de fuerza vinculante, no es menos cierto que en la medida que éstas adquieren *carácter consuetudinario*, paralelamente se convierten en fuente de *obligaciones internacionales*⁸.

Una vez precisado ante qué tipo de instrumento internacional se está (tratado con o sin protocolo, o declaración), el mismo debe tener por *objeto y propósito* los denominados *derechos humanos*⁹ (para poder entenderse como un *instrumento internacional de derechos humanos*), que a los efectos de este trabajo —y ante la conocida discusión sobre su noción¹⁰, en la cual no entraremos— estipularemos con Jesús María CASAL, que «[a] *los fines de facilitar la comprensión de su concepto, es conveniente distinguir entre los derechos humanos en sentido amplio y en sentido estricto. En sentido amplio, los derechos humanos son derechos inherentes a la persona que se derivan de la dignidad humana y resultan fundamentales en un determinado estadio de evolución de la humanidad, por lo que reclaman una protección jurídica. En cambio, en su sentido más estricto, los derechos humanos son esos mismos derechos pero en la medida en que son reconocidos y protegidos en el ámbito internacional*»¹¹, en cuyo concepto, como se observa, pone de relieve el llamado «fundamento» de los derechos humanos, cual es la *dignidad personal*¹².

⁷ GALVIS ORTIZ, Ligia, *op. cit.*, p. 94.

⁸ Sobre el eventual carácter *obligatorio* de las *declaraciones* de derechos humanos y, específicamente, sobre la *fuerza jurídica* que actualmente se reconoce a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), *vid.* PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004, pp. 33 y ss.

⁹ Cf. AYALA CORAO, Carlos M., «La jerarquía constitucional...» *cit.*, p. 50.

¹⁰ Sobre la «noción de derechos humanos», *vid.* FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tercera edición, San José, 2004, pp. 3 y ss.

¹¹ CASAL H., Jesús María, *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Universidad Católica Andrés Bello, segunda edición, Caracas, 2009, p. 16.

¹² En palabras de Javier BARRACA MAIRAL: «[I]a raíz de estos derechos se ha situado en la “dignidad personal” del ser humano. Esta dignidad arranca de la noción misma de persona, y, en definitiva, de esa realidad única e incomparable que supone toda y cada persona. A este respecto, la vocación trascendente de la persona, su vínculo originario con lo más

2. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico venezolano. Enfoque específico

Ya se indicó que el tema de la jerarquía de los TDH viene dado directamente por las Normas Fundamentales de los Estados. Pasemos revista, entonces, a la *fórmula jerárquica* por la que se decantó el constituyente venezolano, a tenor del artículo 23 de la Carta Magna, de acuerdo al cual:

Artículo 23 de la Constitución: «**Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público**». (Resaltado y subrayado agregados).

Como se desprende del contenido normativo del artículo 23¹³ en cuestión, cuya disposición no es otra cosa que el resultado de una

alto, lo superior a ella misma, ofrece una permanente inspiración a los intentos de profundización en su dignidad». BARRACA MAIRAL, Javier, *Pensar el Derecho. Curso de filosofía jurídica*, Ediciones Palabra, Madrid, 2005, p. 199.

¹³ A su vez respaldado por otros enunciados jurídicos constitucionales, como el artículo 2: «*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político*»; artículo 19: «*El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen*»; artículo 22: «*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*»; y el artículo 30: «*El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios. //El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo. //El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados*».

progresiva recepción y cristalización en el orden interno venezolano del principio *pro homine*¹⁴, los TDH (no las declaraciones o instrumentos internacionales no convencionales, sin que deba olvidarse la precisión apuntada, claro está) tienen en el ordenamiento venezolano por lo menos, en principio, *rango constitucional*¹⁵. Y decimos *por lo menos, en principio*, porque, como también se observa del discurso normativo del enunciado en cuestión, dichos TDH *prevalecerán* en el orden interno, en los supuestos que «*contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República*», permitiendo su clasificación en estos casos en un nivel *supra-constitucional*¹⁶.

Las consecuencias de la constitucionalización venezolana de los TDH no son pocas, ni —mucho menos— carecen de importancia, especialmente al tomar en cuenta el artículo 7 de la Norma Fundamental, de acuerdo al cual: «*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*» y, con ello, los TDH pasan a: (i) integrar el fundamento mismo del ordenamiento, que obliga —entre otras cosas— a que su interpretación sea conforme

¹⁴ Sobre este principio fundamental (y canon interpretativo) del Derecho de los derechos humanos, *vid.* PINTO, Mónica, «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (Comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2004, pp. 163-171.

¹⁵ Así también lo ha entendido Carlos AYALA CORAO: «[I]a Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, consagró —a propuesta nuestra— una norma singular, que consagra la jerarquía, al menos constitucional, de los tratados relativos a los derechos humanos». AYALA CORAO, Carlos M., «La jerarquía constitucional...» *cit.*, p. 45.

¹⁶ Al respecto, Allan BREWER-CARÍAS ha indicado lo siguiente: «[h]asta cierto punto, la Constitución de Venezuela de 1999 también puede ubicarse en este primer sistema que permite la aplicación directa de los tratados internacionales en el orden interno, al otorgarle jerarquía supra constitucional a los derechos humanos declarados en dichos tratados internacionales cuando contengan previsiones más favorables. // Al establecer esta norma que los derechos humanos declarados en los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalecen respecto de las normas del orden jurídico interno si contienen disposiciones más favorables al goce y ejercicio de dichos derechos, se está refiriendo no sólo a lo que está establecido en las leyes, sino a lo dispuesto en la propia Constitución, otorgándole en consecuencia rango supra constitucional a dichos derechos declarados en instrumentos internacionales». BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.*, p. 122. En igual sentido, *vid.* AYALA CORAO, Carlos M., «La jerarquía constitucional...» *cit.*, pp. 54 y ss.

a los mismos¹⁷, y a (ii) sujetar las actuaciones del poder público a sus contenidos, que limita de manera directa e inmediata su gestión.

Aunado a lo anterior, pueden resumirse los efectos de la indicada constitucionalización de los TDH, con los planteamientos de AYALA CORAO¹⁸, de la manera siguiente: (i) incorporación de los tratados al bloque de la Constitución; (ii) prevalencia de los TDH sobre las normas de la propia Constitución; (iii) incorporación *in totum* de los TDH; (iv) rigidez constitucional de los TDH incorporados; (v) operatividad inmediata de los TDH; y (vi) contorno abierto y dinámica constitucional.

3. Jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico tributario venezolano. Enfoque fiscal

En la actualidad, resulta incuestionable la relación diádica *Derecho tributario-derechos humanos*¹⁹. Y en el marco del ordenamiento jurídico tributario venezolano la situación no es distinta, por lo menos *normativamente hablando*, al punto que Leonardo PALACIOS MÁRQUEZ ha acuciosamente considerado que los derechos humanos son un «condicionamiento de la racionalidad del sistema *tributario*»²⁰. En este sentido, comenta PALACIOS MÁRQUEZ²¹ —en sintonía con las opiniones expuestas de BREWER-CARIÁS y AYALA CORAO— que a fines de garantizar el carácter normativo de la Carta Magna, así como la eficacia

¹⁷ Al respecto, *vid.* CASTAÑEDA OTSU, Susana, «El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la Constitución», en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (Coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2002, pp. 211-234.

¹⁸ Cf. AYALA CORAO, Carlos M., «La jerarquía constitucional...» *cit.*, pp. 53 y ss.

¹⁹ En general sobre este tema, *vid.* AA.VV., *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Año 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000. Para un enfoque del Derecho tributario como instrumento de realización de los derechos humanos, *vid.* CORTI, Arístides Horacio M., «Acerca del Derecho Financiero y Tributario y de los derechos humanos», en BIDART CAMPOS, German J., y RISSO, Guido I. (Coords.), *Los derechos humanos del siglo XXI: la revolución inconclusa*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 111-155.

²⁰ PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «Derechos Humanos y Tributación», *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Año 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000, pp. 491 y ss.

²¹ Cf. *Ibid.*, p. 475.

inmediata de los derechos humanos, es necesario entender que las normas internacionales contenidas en los TDH tienen *preeminencia* frente a los enunciados del Derecho interno.

Es por lo señalado, que cualquier situación tributariamente relevante, debe, ante todo, analizarse a la luz de los designios normativos de los TDH, en tanto los mismos integran el ordenamiento jurídico de manera verticalmente superior, esto es, se encuentran —junto con la Constitución— en la cúspide jerárquica del orden tributario interno (plano *constitucional*), inclusive por encima de aquélla (plano *supraconstitucional*) cuando contengan regulaciones más favorables sobre derechos humanos a las establecidas en la *norma normarum*.

Lo anterior es de tal importancia, que los derechos humanos constituyen límites directos al ejercicio de la potestad tributaria del Estado, tanto en un plano *objetivo*, para lograr la consecución de los fines y valores constitucionalmente acreditados, como en un plano *subjetivo*, en la medida que representan una garantía de la dignidad y desarrollo pleno del contribuyente²². Y es precisamente por lo apuntado, que:

«[L]os sujetos pasivos respecto de los cuales se verifican las hipótesis de incidencia integradoras de los hechos imposables que originan el nacimiento de las obligaciones tributarias podrán ejercer las acciones o recursos que le permitan la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales, que limitan el alcance y contenido del poder de imposición y de la potestad administrativa tributaria para la exigencia de la correspondiente exacción, previstos en el ordenamiento internacional o en la normativa constitucional que los absorba, cuando un acto administrativo de determinación y de ejecución legislativa, o una ley que proceda a la modificación o a la creación *ex novo* de un tributo desconozcan, conculquen o violen, en alguna medida, tales derechos»²³.

²² Cf. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «Los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos y su preeminencia en el derecho interno. Los derechos humanos como límites en las políticas de racionalización del sistema tributario», en ARISMENDI A., Alfredo y CABALLERO ORTÍZ, Jesús (Coords.), *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan Brewer-Carías*, tomo III, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela-Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2003, p. 3197.

²³ *Ibid.*, p. 3194.

4. El derecho a la defensa del contribuyente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Al igual que la Constitución venezolana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica)²⁴ establece en su artículo 8.1 el *derecho a la defensa*, en los términos siguientes:

«Artículo 8. Garantías judiciales: // 1. **Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable**, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, **fiscal** o de cualquier otro carácter». (Resaltado y subrayado agregados).

Como se evidencia del tenor literal de la norma, la misma no sólo establece el *derecho a la defensa*, sino que —además— lo hace expresamente en materia *fiscal*, es decir, a favor de los contribuyentes con ocasión de la determinación de sus derechos y obligaciones, totalmente aplicable, entonces, al procedimiento tributario, cuyas principales modalidades *determinativas* —por antonomasia— son en nuestro sistema los conocidos procedimientos de fiscalización y verificación²⁵.

²⁴ Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial N° 31.256, 14 de junio de 1977.

²⁵ Nuestras críticas a este «procedimiento», precisamente por violar el derecho humano a la defensa y al debido proceso tanto en su regulación *legislativa*, cuanto en sus vertientes *aplicativas* (administrativa y judicial), pueden consultarse en: ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «Regulación, incongruencias e inconstitucionalidad del Procedimiento de Verificación Tributaria del Código Orgánico Tributario de 2001», *Revista de Derecho Tributario*, N° 111, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006; ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La responsabilidad patrimonial del Estado “Administrador, Juez y Legislador” tributario venezolano. Especial referencia al paradigmático caso del procedimiento de verificación», *Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, tomo II, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Buenos Aires, 2010; ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «Praxis (administrativa y judicial) en torno al procedimiento de verificación tributaria: estado actual», *Anuario de Derecho Público*, N° 3, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2010; ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La ley como parámetro evaluativo en el test de constitucionalidad y el derecho a

A este respecto se hace necesario indicar, que la aplicación de la Convención en materia tributaria —y, realmente, en cualquier materia— no debe limitarse al ámbito de las personas *naturales*, debiendo entenderse extensiva a —y comprensiva de— la protección de las personas *jurídicas* en sentido estricto (personas *morales*), indistintamente de que no hayan sido expresamente incluidas a tales efectos. Entender lo contrario, no sería otra cosa que una interpretación *excluyente y restrictiva*, por oposición a *incluyente y progresiva*, de las normas de la Convención, en franca proscripción de sus propios artículos 24, de acuerdo al cual « [t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley», y 29.b, que establece que «[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que puede estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados»²⁶, siendo una palpable distinción sin fundamento racional, contraria, de por sí, a la propia idea de la Convención, en lo particular, y a la teoría de los derechos humanos, en lo general. Después de todo, la ficción

la defensa en materia tributaria. Comentario crítico a la sentencia N° 00531/2011», *Cátedra libre de derechos humanos UCV*, abril 2012, en <http://clvddhhucv.wordpress.com/>; ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La verificación a los 30 años de codificación tributaria en Venezuela. Crónica de un sinsentido legislativo, administrativo y jurisprudencial», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coord.), *30 años de la codificación del Derecho tributario venezolano. Memorias de las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2012; y ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «El procedimiento de verificación de declaraciones y cumplimiento de deberes formales» en SOL GIL, Jesús, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, DUPOUY MENDOZA, Elvira y FERMÍN, Juan Carlos (Coords.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

²⁶ En este mismo sentido, *vid.* BERTAZZA, Humberto J., «Derechos humanos y tributación», *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Año 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000, pp. 74 y ss. También se han ocupado de comentar esta cuestión, entre otros: ARCIA, Sebastián, «Derechos humanos y tributación», *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Año 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000, pp. 414-415; y MONTERO TRABEL, José Pedro, «Observación a los derechos humanos a través de la tributación», *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Año 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000, pp. 1114-1115.

de la personalidad jurídica de los entes morales lo que busca es, precisamente, resguardar situaciones jurídicas de las personas naturales²⁷.

También luce poco menos que razonable, bajo el patrocinio del artículo 16.1 de la Convención, de acuerdo al cual «[t]odas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales culturales, deportivos o de cualquier otra índole», que una vez que las personas naturales ejerzan su derecho humano a asociarse con fines económicos, bajo cualquier forma societaria, pierdan *el derecho* de defender judicialmente *los derechos* que tengan en su condición de asociados, precisamente por haber ejercido su *derecho a la asociación*.

En este sentido, resulta importante traer a colación un trascendental pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual se abordó expresamente la cuestión de la aplicación de la Convención a las *personas jurídicas*, en sentencia del caso *Cantos vs. Argentina*, de 7 de septiembre de 2001, señalando lo siguiente:

«27. En el caso sub judice, la Argentina afirma que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo tanto, a dichas personas no se les aplica sus disposiciones, pues carecen de derechos humanos. Sin embargo, la Corte hace notar que, en general, **los derechos y las obligaciones atribuidos a las**

²⁷ Así lo ha entendido Héctor B. VILLEGAS, quien luego de comentar los conceptos de «hombre» y «persona humana» a que hace referencia la Convención, explica que «[t]ales conceptos en manera alguna excluyen que los derechos otorgados se concedan tanto a los seres humanos aisladamente considerados como a éstos cuando actúan asociadamente. (...) // Hay derechos en el Pacto que no pueden estar otorgados sino a personas de existencia visible, como, por ejemplo, el derecho a la vida (art. 4º), a la integridad personal (art. 5º) o a la libertad personal (arts. 6º y 7º); pero no es menos cierto que cuando habla de garantizar judicialmente derechos de orden civil, laboral y fiscal (art. 8º, párr. 1º), **no se puede sino referir a todos cuantos deben ser protegidos en el ejercicio de tales derechos, o sea, tanto las personas físicas como ideales** (...). //Sostener que el Pacto sólo protege a personas físicas, sería introducir una **distinción irrazonable**, ya que carecería de toda racionalidad acordar a los seres humanos la garantía de defensa judicial incondicionada cuando están aislados, pero negárselas cuando están asociados. //El hecho de que los ciudadanos hayan decidido asociarse para desarrollar actos jurídicos al amparo de las leyes, no puede llevar a que la persona jurídica creada carezca del elemental derecho a ser oída y juzgada por un órgano judicial, sin obstáculo ni condición alguna». (Resaltado y subrayado agregados). VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*, Editorial Astrea, 8ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2002, pp. 513 y 514.

personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación.

28. Además de ello, se podría recordar aquí la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tal como esta Corte lo ha hecho en varias ocasiones, y afirmar que **la interpretación pretendida por el Estado conduce a resultados irrazonables pues implica quitar la protección de la Convención a un conjunto importante de derechos humanos.**

29. Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo no. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, **esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho**»²⁸. (Resaltado y subrayado agregados)²⁹.

Como se observa, atendiendo al fin mismo de los derechos humanos, en sintonía con la doctrina y sentencia citadas, resulta necesario comprender dentro del fuero de protección de la Convención a las personas jurídicas en sentido estricto o personas morales, que a la postre son meras representaciones o medios de las propias personas naturales que las constituyen e integran, en la medida que muchos de los derechos humanos de las personas físicas se concretan y realizan a través de esos instrumentos jurídicos³⁰.

²⁸ Consultada en <http://www.corteidh.or.cr/>, 21 de julio de 2017.

²⁹ Teniéndose en cuenta, claro está, la díscola relegación e inobservancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Al respecto, *vid.* AYALA CORAO, Carlos M., *La «inejecución» de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2009, *in totum*.

³⁰ Sobre este tema, *vid.* BAZÁN, Víctor, «La articulación Derecho interno-Derecho internacional en materia de protección de los derechos humanos y algunos desafíos y novedades del sistema interamericano», en CASAL H., Jesús María, ARISMENDI A., Alfredo y CARRILLO A., Carlos Luis (Coords.), *Tendencias actuales del Derecho constitucional. Homenaje a Jesús*

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³¹ consagra en su artículo 14.1 el derecho a la defensa, en los términos siguientes:

«Artículo 14.1. **Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías** por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil». (Resaltado y subrayado agregados).

Es así, como el Pacto regula el derecho humano a la defensa, que si bien —a diferencia de la Convención— no hace referencia expresa a la materia *fiscal*, debe tenerse en cuenta, como es sabido, que las obligaciones tributarias tradicionalmente han sido incluidas en el ámbito civil³².

II. CERTEZA, LIQUIDEZ Y EXIGIBILIDAD DETERMINATIVA DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Partiendo de que el procedimiento de determinación³³ de la obligación tributaria es *declarativo*, criterio que rige en nuestro orden tributario y según el cual, tal y como su denominación apunta, la determinación *declara* la existencia de la obligación tributaria nacida en el

María Casal Montbrun, tomo I, Universidad Central de Venezuela-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pp. 324-326.

³¹ Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial N° 2.146 Extraordinario, 28 de enero de 1978.

³² Cf. BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, «Eliminación de los efectos suspensivos de los recursos tributarios. Una inconstitucionalidad», en SOL GIL, Jesús (Coord.), *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*, Livrosca, Caracas, 2002, p. 684, nota al pie N° 55.

³³ En general, sobre el procedimiento de determinación tributaria, *vid.* RUAN SANTOS, Gabriel, «La función de determinación en el nuevo Código Orgánico Tributario. (Fiscalización y determinación)», en SOL GIL, Jesús (Coord.), *Estudios sobre la reforma del Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002. Nuestros comentarios sobre ese trabajo, a modo dialéctico con el autor, en: ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La función de determinación. Dialogando con Gabriel Ruan Santos», en WEFER H., Carlos E. y ATENCIO VALLADARES, Gilberto (Coords.), *Liber Amicorum: Homenaje a Gabriel Ruan Santos*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017.

momento de la *realización* del hecho imponible —y con mayor razón en los ordenamientos que siguen el criterio *constitutivo* de este procedimiento—, el hecho es que la obligación tributaria, siendo *ex lege* y surgiendo en el momento del acaecimiento del hecho imponible, no será *exigible* hasta tanto no se haya determinado de manera *definitivamente firme* el contingente crédito. La razón estriba en su *certeza y cuantificación*.

En efecto y como es sabido, aun cuando la obligación tributaria *nace* en el momento en que se realiza el hecho imponible *por imperio de la ley*, no es posible exigir el cumplimiento de una obligación —contenida en un acto administrativo— que: (i) carece de *certeza*, esto es, se desconoce si nació en la realidad, situación que, en principio, no se sabrá hasta tanto no se haya declarado su existencia de manera definitivamente firme, una vez culminado el procedimiento de determinación, y se haya verificado, con la consabida dificultad implícita a dicha labor, si la situación *fáctica, individual y concreta* encuadra en la hipótesis *normativa, general y abstracta*; y que en caso de haber nacido (ii) se desconozca su monto, esto es, el *quantum* o *contenido patrimonial* de la obligación que no está definitivamente determinada. Estas razones nos conducen a concluir que siendo el crédito tributario bajo determinación *incierto e ilíquido*, es sólo lógico afirmar que el mismo también es *inexigible*³⁴, si se tiene en cuenta que en la determinación tributaria se encuentran los dos momentos fundamentales del tributo, esto es, su *creación y aplicación*³⁵, cuyo enfoque también lo ha sostenido —en

³⁴ Piénsese por un momento, y sobre la base de lo apuntado en el particular anterior en relación a los intereses moratorios, en los efectos reales (prácticos) de la determinación oficiosa de una obligación tributaria *con fundamento exclusivo en la ley*, esto es, de un reparo con intereses moratorios que sean *inmediatamente exigibles*, correspondientes a una obligación tributaria *nacida* en el año 2007, oficiosamente determinada a través de una fiscalización en el año 2009, impugnada dicha determinación a través de un recurso contencioso tributario, finalmente decidido sin lugar en última instancia en el año 2017. En conclusión, y bajo el criterio de la *exigibilidad inmediata* antes de que el acto administrativo sea definitivamente firme, el contribuyente adeudará, entre otros, un monto equivalente a 10 años de intereses moratorios *causados durante la sustanciación del proceso*, por algo hasta ese momento *indeterminado*, esto es, *incierto e ilíquido*. Sin duda, no es ésta la solución más racional, ni, mucho menos, la más apegada a la dogmática constitucional.

³⁵ Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La técnica determinativa tributaria. “Una cuestión jurídica y contablemente opinable”», *Revista de Derecho Público*, N° 132, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 122.

similar sentido y en un trabajo de reciente data— RUAN SANTOS, en relación con la tensión dialéctica entre lo material y formal del Derecho tributario³⁶.

En el marco de lo expuesto, resulta oportuno dejar claro que sostener que la obligación tributaria no será exigible hasta tanto ésta no se haya determinado (*declarado* su existencia y *liquidado* su monto), no equivale a afirmar que el procedimiento de determinación sea de naturaleza *constitutiva*. Esto sería un error conceptual. No debe involucrarse ni confundirse el momento del *nacimiento* de la obligación tributaria por medio de la realización del hecho imponible, como criterio concluyente de la naturaleza *ex lege* de la obligación y *declarativa* del procedimiento de determinación, con el momento en que aquélla se hace *exigible*³⁷. Son dos cosas e instantes *diferentes*.

En los procedimientos de determinación *constitutivos*, estos momentos lógicamente *coinciden*, en razón de que la obligación tributaria

³⁶ Cf. RUAN SANTOS, Gabriel, «Nuevo replanteo de viejas cuestiones» (Discurso de Orden para las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario), *Revista de Derecho Tributario*, N° 137, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, p. 217.

³⁷ Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La determinación de la obligación tributaria y su corrección monetaria, en la sentencia N° 1490/2007 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia», *Revista de Derecho Tributario*, N° 121, Órgano Divulgativo de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2009, p. 143. Así lo ha puesto de relieve Héctor B. VILLEGAS: **«Muchos autores han confundido “carácter constitutivo” con “condición de eficacia”. Porque si bien es cierto que al producirse el hecho imponible nace la pretensión del Estado al cobro, sólo con la determinación surgirá un crédito concreto contra una persona por suma exigible y a veces líquida. Por ello decimos que la determinación es una fase ineludible para la culminación debida de la relación jurídica tributaria sustancial, aunque le neguemos un carácter sustancialmente constitutivo.// La virtud de un acto declaratorio consiste en eliminar un estado de incertidumbre y esto es lo que sucede en el caso de la determinación: se sabe que existe una obligación, pero ella es incierta en cuanto a sus características, y a veces ilíquida. El acto declarativo de la determinación queda particularizado: a) por la preexistencia de un derecho que la determinación se limita a reconocer, sin generar efecto alguno sobre una creación, transferencia, modificación o extinción, y b) por la existencia de un obstáculo al ejercicio de ese derecho, que el acto declarativo de la determinación remueve, instaurando la certeza y tornando ese derecho preexistente en eficaz y exigible.// Concluimos que la determinación no hace nacer la obligación tributaria, pero perfecciona y brinda eficacia a una obligación que existía sólo potencialmente desde la configuración del hecho imponible. Es decir que el verdadero efecto de la determinación es el de ratificar que cuando se produce el hecho imponible nace realmente la obligación tributaria»**. (Cursivas del autor y resaltado agregados). VILLEGAS, Héctor Belisario, *op. cit.*, p. 400.

nace con la propia determinación; mientras que en los procedimientos de determinación *declarativos* de la existencia de la obligación tributaria, como el que rige en nuestro sistema, esos momentos no son concomitantes, puesto que primero *nace* la obligación con el acaecimiento del hecho imponible³⁸ y, posteriormente, se hace *exigible* con su determinación³⁹, esto es, una vez nacida la obligación tributaria por mandato de la ley, el ente acreedor no podrá hacer valer o exigir coactivamente «*derecho de cobro*» alguno sobre la misma —por cuanto no ha nacido— hasta tanto aquélla no haya sido autoliquidada o esté determinada y liquidada oficiosamente de manera definitivamente firme, al igual que el sujeto deudor no podrá ser llamado a cumplir una «*obligación de pago*» también inexigible —por inexistente— mientras que no haya

³⁸ Sobre las teorías acerca de la naturaleza jurídica del procedimiento determinativo, pueden consultarse nuestros comentarios en: ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La determinación de la obligación tributaria», en SOL GIL, Jesús, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, DUPOUY MENDOZA, Elvira y FERMÍN, Juan Carlos (Coord.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, pp. 463-466.

³⁹ Tal es el caso, por ejemplo, del régimen jurídico español sobre el nacimiento y determinación (o *gestión*, según su denominación) declarativa de la obligación tributaria, consagrado en la Ley General Tributaria 58/2003 del 17 de diciembre de ese año, en el cual está prevista la posibilidad de que los *momentos* del *nacimiento* de la obligación y de su *exigibilidad*, sean *distintos*, a tenor del artículo 21, según el cual: «Devengo y exigibilidad. 1. ***El devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal. La fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, salvo que la Ley de cada tributo disponga otra cosa.*** 2. *La Ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo*» (resaltado y subrayado agregados). Sobre esta norma, luce oportuno traer a consideración los comentarios que de la misma efectúa el catedrático Luis María CARZOLA PRIETO: «El *devengo* constituye un ***preciso instante en el tiempo*** en el que se entiende legalmente que se ha ***efectuado el hecho imponible*** (“El devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible”). El acaecimiento del momento que constituye el devengo se le atribuye un efecto jurídico crucial, cual es el que surja jurídicamente la obligación tributaria principal (“... y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal”). (...) // En efecto, puede que el momento del nacimiento de la obligación tributaria principal (devengo) y aquel en el que se exija su cumplimiento coincidan, se solapen en el tiempo. Pero, a la inversa, también puede que ***no coincidan, cuando, devengado el tributo mediante la realización del correspondiente hecho imponible, la obligación tributaria principal así nacida se exige tiempo después***, fenómeno, por otro lado, corriente tanto en la imposición directa como en la indirecta». (Resaltado y subrayado agregados). CAZORLA PRIETO, Luis María, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Editorial Aranzadi, quinta edición, Navarra, 2004, pp. 337-338.

autoliquidación de la obligación tributaria o hasta que esté concluido el procedimiento de determinación oficiosa de la existencia y cuantía de dicha obligación⁴⁰.

En esa línea de pensamiento, VALDÉS COSTA⁴¹ también consideraba que el proceso de ejecución de la voluntad administrativa debe en todo caso realizarse *con posterioridad* a que haya sido dictada la decisión judicial del control de legalidad del acto, expresando al respecto que

⁴⁰ Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La determinación...» *cit.*, p. 146. Así también lo ha entendido la más respetada doctrina patria, en las palabras de la ilustre y siempre recordada profesora Ilse VAN DER VELDE HEDDERICH, quien, explicando los fundamentos de esta corriente, señalaba lo siguiente: «[s]i bien es cierto y de ello no hay duda alguna, que con la producción del hecho imponible o hecho generador, surge la obligación tributaria y consiguientemente la deuda tributaria ya existe, **no es menos cierto que aquella obligación no es exigible ni la deuda tributaria puede ser pagada por falta de liquidez, sino hasta que se produzca o realice el acto o proceso de determinación; de tal manera que la “determinación” otorga liquidez, hace exigible la obligación y es entonces posible el pago de la deuda tributaria.** (...)// Con esta posición, doctrinaria, que resulta la más acertada debido a la importancia práctica que de ella se deriva, se reconoce como efectos de la determinación, **no sólo el declarativo sino el de eficacia de la obligación, lo cual permite darle certeza y liquidez, ya que, cuando ella nace por el solo hecho de la producción del hecho imponible, es incierta en sus características, e ilíquida (salvo en el caso de los tributos de importe fijo), requiriéndose del acto o proceso de determinación para darle certeza, liquidez y exigibilidad** y obtener, así, el resultado deseado por el legislador; que se resume en la obtención o recaudación del tributo debido». (Resaltado y subrayado agregados). VAN DER VELDE HEDDERICH, Ilse, *In Memoriam Ilse van der Velde Hedderich*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2001, pp. 9-11. La *eficacia* de la obligación tributaria también ha sido comentada por Oswaldo ANZOLA, en los términos siguientes: «[l]a obligación tributaria nace al momento de producirse el hecho imponible (Art. 14 del COT), **pero no es eficaz hasta tanto no se produzca la determinación, que es el acto formal que hace nacer la acción de cobro para la Administración Tributaria (...)**». (Resaltado agregado). ANZOLA, Oswaldo, «La actualización monetaria en materia tributaria», *Revista de Derecho Tributario*, N° 67, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 1995, p. 23. En similar sentido, José Pedro BARNOLA, para quien: «[e]stá claro que para que se generen los intereses de mora es necesario que las cantidades sean **líquidas y exigibles**, lo cual no ocurrirá hasta que la decisión de la Administración Tributaria contenida en **el acto de determinación quede firme por instancias superiores, si fuese el caso**». (Resaltado agregado). BARNOLA (h), José Pedro, «Comentario sobre la nulidad del Parágrafo Único del Artículo 59 del Código Orgánico Tributario (doctrina del caso Justo Oswaldo Páez-Pumar et al)», *Revista de Derecho Tributario*, N° 87, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2000, p. 64.

⁴¹ VALDÉS COSTA, Ramón, *Instituciones de Derecho tributario*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 19. A esto también agregó que la ejecutoriedad de los actos administrativos «[i]ndudablemente no tiene justificativo en las relaciones meramente pecuniarias en las cuales no están comprometidos cuestiones de orden público o de soberanía estatal». Ídem.

«[e]l proceso de ejecución, que al menos en nuestro derecho se realiza siempre en la vía judicial, debe, a nuestro juicio, ser siempre posterior a la decisión de controversia sobre la legalidad del acto. No hay ninguna razón para reconocer a la administración el derecho de ejecutar un crédito cuya validez está precisamente en discusión ante los órganos jurisdiccionales del Estado»⁴².

Como se observa, VALDÉS COSTA respaldaba plenamente el carácter de firmeza del acto administrativo de contenido tributario, como presupuesto o condición necesaria de su *eficacia*, lo que significa, que el mismo no podría ser ejecutado —al igual que la obligación tributaria en él oficiosamente determinada— hasta tanto haya transcurrido íntegramente el lapso de impugnación que detenta el contribuyente para hacer valer sus defensas frente a la *posición administrativa*, atendiendo a la búsqueda de la verdad por razón de la *dimensión epistémica* del procedimiento administrativo (y del proceso judicial)⁴³, esto es: (i) que el contribuyente haya *aceptado* la voluntad del ente fiscal, o (ii) en caso de que el contribuyente recurra la postura determinativa de la Administración, no podrá tener lugar ejecución alguna hasta tanto no haya sido decidida de manera *definitivamente firme* la controversia⁴⁴.

⁴² Al respecto, José Juan FERREIRO LAPATZA de manera enfática, comenta y suscribe lo expuesto por VALDÉS COSTA, en los términos siguientes: «¡Cuántas horas perdidas se ganarían! ¡Cuánto trabajo de funcionarios, jueces, contribuyentes y asesores se evitaría sólo con que nuestro legislador y nuestra Administración tributaria se aprendiesen de memoria esta página y la aplicasen a nuestro ordenamiento tributario, solucionando con ello muchos de los numerosísimos problemas que hoy presenta en nuestro sistema la regulación del período de apremio, del procedimiento de apremio y de la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo en caso de controversia!». FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Ensayos sobre metodología y técnica jurídica en el derecho financiero y tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 137.

⁴³ Sobre la *dimensión epistémica* del proceso, *vid.* TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 155 y ss.

⁴⁴ La cuestión de la *firmeza del acto determinativo como condición necesaria de su eficacia*, la hemos tratado con mayor detenimiento y profundidad, a propósito del tema de la presunción de legitimidad del acto tributario, en: ABACHE CARVAJAL, Serviliano, *La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana-Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Colección Estudios Jurídicos, N° 93, Caracas, 2012, pp. 188-234. Una reciente sistematización de nuestra posición sostenida en la obra referida, específicamente en relación al *acto determinativo*, su naturaleza y eficacia, puede consultarse en: ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La solución determinativa tributaria. Su naturaleza jurídica en cuatro argumentos», en

III. DERECHOS HUMANOS DEL CONTRIBUYENTE Y EL PROCEDIMIENTO DETERMINATIVO

Todo lo anterior hace relucir que, la *exigencia* del pago de una obligación determinada administrativamente (no de forma definitiva) en un acto tributario que carece de firmeza, se traduciría en la inconstitucional pretensión —como manifestación material del *solve et repete*⁴⁵— de una deuda *incierto, ilíquida* y, posiblemente, *inexistente*, que tendría que indebidamente soportar el contribuyente recurrente, esto es, se podría ver obligado, contra toda lógica jurídica y al margen de la dogmática constitucional, a tener que erogar una suma dineraria (con todas las implicaciones económico-financieras que ello conlleva⁴⁶) para pagar

LOUZA SCOGNAMIGLIO, Laura y ABACHE CARVAJAL, Serviliano (Coords.), *El mito de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la tutela judicial en el contencioso tributario. Una discusión sobre la obra de Serviliano Abache Carvajal, intitulada La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario, galardonada con el premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2012-2013*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo-Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, N° 113, Caracas, 2016, pp. 205-234.

⁴⁵ Sobre el contra-principio del *solve et repete*, por todos *vid.* BILLARDI, Cristián J., y VERGARA SANDOVAL, Rafael, *Solve et repete. Crítica a su vigencia jurídica*, Vergara & Asociados-Plural Ediciones, La Paz (Bolivia), 2016, *in totum*.

⁴⁶ En este sentido, la afectación económico-financiera que debe soportar el contribuyente ante la exigencia de pagar un crédito *indeterminado*, esto es, *incierto e ilíquido*, ha sido comentada por Betty ANDRADE RODRÍGUEZ, en los siguientes términos: «Así, por una parte, **la percepción por el Fisco de créditos cuya existencia se encuentra cuestionada resulta en la afectación de la caja del contribuyente, lo cual incide en el ejercicio de su actividad económica, no pudiendo destinar dichos fondos a nuevas inversiones, cumplimiento de deudas u otros particulares similares. Asimismo, puede afectar la capacidad de crédito de la empresa, en la medida en que se refleje en sus Estados Financieros una situación económica debilitada como consecuencia del pago anticipado de supuestas deudas, cuya existencia es cuestionada. Por su parte, en el supuesto de que se decreta el embargo de bienes de la empresa, es posible que dichos bienes se encuentren incorporados a su actividad productiva, por lo cual dicho decreto incidiría en el desarrollo de sus actividades normales. Asimismo, en el supuesto de que el embargo decretado fuese sustituido por una fianza, su mantenimiento genera altos costos para la empresa que deberán ser sufragados durante todo el período en el cual dure el juicio correspondiente. Aún y cuando sería posible solicitar la responsabilidad del Estado en el reembolso de los gastos incurridos para el mantenimiento de la fianza, en el caso de que el administrado resulte vencedor en el juicio, los trámites requeridos para tal fin son de tal forma engorrosos y prolongados que prácticamente hacen nugatoria la posibilidad de obtener dicho resarcimiento**». (Resaltado y subrayado agregados). ANDRADE RODRÍGUEZ, Betty, «Evolución de la medida cautelar de suspensión de

una supuesta deuda cuyo nacimiento no se ha precisado, se desconoce, y además puede ser —o ha sido— recurrido el acto que la demanda, todo lo cual podría concluir en que, como no es extraño, sea declarada inexistente dicha obligación o nulo el acto que la contiene por decisión del órgano judicial, constituyéndose además esta situación en un claro pago de lo indebido, por demás sujeto a una tortuosa repetición⁴⁷.

La proscripción del *solve et repete*, como consecuencia de la protección y garantía irrestricta del pleno ejercicio del derecho fundamental a la defensa del contribuyente, ha sido confirmada por la más docta jurisprudencia de la (entonces) Corte Suprema de Justicia, en cuya conocida sentencia del 14 de agosto de 1990, sentó lo siguiente:

«Se revela, en efecto, el principio (solve et repete) como una indebida restricción legal al derecho constitucional de la defensa,

efectos en el contencioso tributario bajo la vigencia de la Constitución de 1999», *Revista de Derecho Tributario*, N° 111, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006, p. 152.

⁴⁷ Consabida realidad, por demás reconocida desde la década de los ochenta por la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en cuyo fallo de 2 de noviembre de 1989, sentó lo siguiente: «La Sala no puede desconocer la dificultad que supone para los administrados lograr el reintegro de sumas pagadas, si los actos que imponen sus pagos resultan anulados, por cuanto, la más de la veces han de acudir a la vía judicial con los perjuicios que supone todo litigio (...). En el caso *subjudice*, el mencionado 'interés' se refiere a la dificultad de la reparación, de ser anulado el acto de cuya nulidad se trata, por los perjuicios económicos que supone para los interesados, el de tener que seguir un trámite administrativo y judicial para lograr el reintegro, lo cual, además de lo que significa para ellos el desembolsar de su patrimonio sumas de dinero, implica nuevos e imprevisibles gastos». Este criterio también ha sido expuesto por el actual Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia de 15 de julio de 2003, en los términos siguientes: «Aunado a que tampoco es cierto la facilidad con la que, aducen, los recurrentes pudieran obtener el reintegro o, en el mejor de los casos, la compensación de las cantidades pagadas posiblemente de manera indebida, puesto que ellas, en virtud de la propia dinámica de los ingresos fiscales y los privilegios con los cuales cuenta el Fisco, representa un perjuicio cuya reparación no goza del carácter de inmediato con el que pudiera contar la parte mero declarativa del dispositivo del fallo, al no tener los recurrentes certeza de cuándo o cómo obtendrían la repetición o la compensación de los montos, con la agregación de que, en esos términos, tendrían que hacer una nueva inversión de tiempo y dinero al ya realizado para obtener la declaratoria de nulidad del recurso a fin de lograr el reintegro del dinero (...).» Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, del 2 de noviembre de 1989 y del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, del 15 de julio de 2003, caso *Humberto Bauder y otros vs. Ordenanza de Actividades Económicas del Municipio Chacao*, citadas en *ibid.*, pp. 150-151, respectivamente.

consagrado en el Artículo 68 de la Carta Magna que, si bien remite al legislador la regulación y concreción de la garantía, no deja en sus manos la esencia de la misma, porque eso sería desnaturalizar la consagración directa por nuestra Ley Fundamental de un conjunto de derechos (...)

No obstante, considera la Corte que el Artículo 178 del Código Orgánico Tributario, invocado por el recurrente, tuvo como propósito, precisamente, poner fin al principio solve et repete en el ordenamiento jurídico tributario de nuestro país, —y así nos lo recuerda su exposición de motivos— incluida la materia aduanera.

Esa norma sustitutoria parece, en efecto, responder a un criterio más amplio: cuando el particular afectado interpone el recurso correspondiente, la ejecución forzosa de las obligaciones cuyo objeto activo sea la administración, queda suspendida hasta que el acto administrativo que las declara o impone adquiera firmeza; siempre, claro está, que no se lesione con ellos gravemente el interés general»⁴⁸. (Interpolado, resaltado y subrayado agregados).

Por su parte, en relación al orden jurídico internacional de los derechos humanos, lúcidamente ha sido expuesto por el profesor Rodolfo SPISSO⁴⁹ que, de acuerdo con el citado artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que exige «*la intervención de un tribunal independiente para la determinación de la obligación fiscal*»⁵⁰ como ya lo comentamos, «no sólo es inadmisibles la exigencia del “*solve et repete*” entendido como presupuesto procesal de la acción o recurso judicial, sino también la exigencia de pago con anterioridad a que exista una resolución judicial firme en la acción promovida por el contribuyente impugnando la pretensión fiscal»⁵¹. En tal sentido, explica SPISSO que el contribuyente que se vea obligado a pagar antes de que haya tenido la oportunidad de demostrar la inexistencia de la

⁴⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, de 14 de agosto de 1990, caso *School Venezolana, C. A.*, citada en BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, «Eliminación...» *cit.*, pp. 674-675.

⁴⁹ Cf. SPISSO, Rodolfo, *Tutela judicial efectiva en materia tributaria*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 57 y ss.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 61.

⁵¹ *Ídem.*

deuda tributaria que se le exige, estará siendo sometido *sustancialmente* a una limitación igual a la que implica el *solve et repete*, razón por la cual, sin la *previa* intervención judicial no habrá acto de determinación tributaria exigible⁵². Además agrega, para dilucidar cualquier duda al respecto, y apoyándose en la definición de determinación tributaria de GIULIANI FONROUGE, que sin determinación, comprendida la realizada en *fase judicial*, no hay ejecución, esto es, la exigibilidad del acto de determinación presupone la participación e intervención del órgano judicial independiente⁵³.

Esta advertencia ha sido expuesta en la doctrina patria por Alberto BLANCO-URIBE, quien, agregando que la misma regulación normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos está prevista en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y suscribiéndose en las ideas de Humberto J. BERTAZZA sobre aquélla, considera que «este trascendente criterio doctrinario, sobre la idea de la suspensión “inmediata”, por la mera interposición del recurso, sin necesidad de consagración expresa, por imperativo de este tratado de derechos humanos e, incluso, a pesar de la eventual explícita previsión legal del contra principio “*solve et repete*” (*que por cierto es el caso de varias leyes tributarias en Argentina y también en Paraguay*), pues acorde con la Convención, no puede haber ejecución del acto administrativo, “antes de que pase en autoridad de cosa juzgada”»⁵⁴.

Las disposiciones de los comentados tratados internacionales sobre derechos humanos positivizan el principio jurídico según el cual *los jueces sólo pueden ejecutar lo previamente juzgado, lo decidido*

⁵² Cf. Ídem, apoyándose en las ideas de MOSCHETTI, Francesco, *El principio de capacidad contributiva*, Madrid, 1980, p. 388, nota al pie N° 319.

⁵³ Cf. *Ibid.*, pp. 61-62. Sobre la protección internacional de los derechos del contribuyente en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, también puede consultarse: VILLEGAS, Héctor B., *op. cit.*, pp. 508-515; VALDÉS COSTA, Ramón, *Instituciones... cit.*, p. 20, y VALDÉS COSTA, Ramón, «La protección de los derechos del contribuyente a nivel internacional. El Pacto de San José de Costa Rica», *R. T.*, t. XIV, N° 84, y en *Rev. D. F.*, N° 480, t. XLIV, Buenos Aires, 1988.

⁵⁴ BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, «Eliminación de los efectos...» *cit.*, pp. 685-686. Este trabajo, junto a los demás del autor que analizan desde una perspectiva práctica los avatares del Derecho procesal tributario venezolano, han sido recientemente compilados y editados en BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, *Estudios de Derecho Procesal Tributario vivo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, N° 115, Caracas, 2017.

judicialmente, expresamente consagrado en nuestra Constitución⁵⁵, hasta cierto punto esquinado por la doctrina seguidora de la anacrónica teoría de la exigibilidad inmediata del acto de la Administración a partir de su emisión⁵⁶, y por la indicada y criticada normativa del vigente Código Orgánico Tributario, que en nuestra opinión, además ponen al aparato judicial a la *orden y servicio* de la Administración, *lo supedita a ella*, bajo la *fiel* creencia de que el acto tributario está apegado a Derecho, ha sido dictado conforme al orden jurídico, indistintamente de que, como es harto conocido⁵⁷ y estadísticamente demostrable, la mayoría de las impugnaciones que se siguen ante los tribunales versan sobre los vicios *formales* de nulidad absoluta que afectan la validez de dichos actos y, en segundo lugar, sobre las infundadas pretensiones *sustanciales* en que incurre el ente fiscal al materializar su voluntad⁵⁸.

⁵⁵ Artículo 253 de la Constitución: «La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. // Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, **y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias**». (Resaltado agregado).

⁵⁶ Importantísimo tema que hemos tratado recientemente, y con especial detenimiento, en: ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «¿Es necesaria la tutela cautelar para suspender los efectos del acto administrativo? Una propuesta», *Revista de Derecho Público*, N° 141, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 88-95; y ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «¿Hacia el reinado de la autotutela administrativa? Análisis crítico del “cobro ejecutivo” del Código Orgánico Tributario de 2014», *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación, 1915-2015*, tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Centenario, Caracas, 2015, pp. 1763-1789.

⁵⁷ Tal como ha sido señalado por Luis ORTIZ-ÁLVAREZ, quien, poniendo en tela de juicio la propia institución de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, precisamente por los conocidos y múltiples vicios que éstos regularmente padecen y afectan su validez, ha expresado lo siguiente: «En relación con las mencionadas expresiones francesas, ellas están relacionadas y vienen de la atribuida “presunción de legalidad” de los actos administrativos. No obstante, estas afirmaciones sobre la *force d’inertie*, *la aurore de réputation* y *la confiance légitime de los actos administrativos*, **suenan menos creíbles en la Administración Pública venezolana, donde en algunos momentos y en muchos entes públicos los ciudadanos más bien parecen tener una justificada “desconfianza legítima” en uno actos administrativos que traen consigo una “aurora de mala reputación” e incluso una especie de presunción de ilegitimidad o fumus mali acti**». (Resaltado y subrayado agregados). ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis, «El privilegio de autotutela y el principio del efecto no suspensivo de los recursos (Reflexiones históricas y de tutela judicial efectiva)», *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1997, p. 86.

⁵⁸ Debemos agregar que, si bien hemos hecho referencia expresa y limitado nuestro análisis en este particular a la exigibilidad del *acto tributario*, basta con realizar una **interpretación**

IV. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta la indiscutible preeminencia de los derechos humanos del contribuyente, por demás consagrados expresamente en los invocados TDH suscritos y ratificados por Venezuela, y visto que los mismos son *norma interna* en nuestro ordenamiento jurídico (de rango *constitucional* y *supraconstitucional*, según el caso), son Derecho positivo venezolano de aplicación *inmediata* y *directa* por todos los órganos del Poder Público, los actos tributarios *definitivos* no pueden surtir efectos, siendo únicamente los actos tributarios *firmes* plenamente *exigibles*, en armonía con la garantía del «control judicial ulterior y suficiente de la actividad administrativa», como manifestación inmediata de los derechos humanos a la defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva del contribuyente.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que si el acto administrativo tributario no es firme, porque todavía no ha transcurrido íntegramente el lapso de impugnación, o porque recurrido el acto y sometida al conocimiento judicial la *solución determinativa* de la Administración Tributaria, no ha recaído sentencia definitivamente firme sobre la causa, tampoco se podrá hablar —lógicamente— de un acto exigible por ser el tributo *incierto* e *ilíquido*, entendiéndose bajo esta propuesta inejecutable todo acto administrativo tributario que no haya alcanzado plena firmeza jurídica, esto es, que *sólo los actos tributarios definitivamente firmes, contentivos de obligaciones tributarias determinadas, ciertas y líquidas, deben entenderse exigibles*, al amparo de (i) los conceptos de liquidez y certeza de la obligación tributaria a propósito del procedimiento determinativo; y (ii) la plena vigencia y aplicabilidad del Derecho internacional de los derechos humanos en la tributación de las personas naturales y morales.

gramatical o literal del citado artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene el derecho a que se sustancie un debido proceso judicial «[p]ara la determinación de sus **derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter**» (resaltado agregado), para concluir, que el *acto administrativo general* también (y sólo) será exigible *después* de haber sido sometido al control de legalidad y hayan sido determinados los derechos y obligaciones del administrado por un juez competente, independiente e imparcial.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV, *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Año 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La función de determinación. Dialogando con Gabriel Ruan Santos», en WEFER H., Carlos E. y ATENCIO VALLADARES, Gilberto (Coords.), *Liber Amicorum: Homenaje a Gabriel Ruan Santos*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La solución determinativa tributaria. Su naturaleza jurídica en cuatro argumentos», en LOUZA SCOGNAMIGLIO, Laura y ABACHE CARVAJAL, Serviliano (Coords.), *El mito de la presunción de legitimidad del acto administrativo y la tutela judicial en el contencioso tributario. Una discusión sobre la obra de Serviliano Abache Carvajal, intitulada La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario, galardonada con el premio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2012-2013*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo-Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, N° 113, Caracas, 2016.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «¿Hacia el reinado de la autotutela administrativa? Análisis crítico del “cobro ejecutivo” del Código Orgánico Tributario de 2014», *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación, 1915-2015*, tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Centenario, Caracas, 2015.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «¿Es necesaria la tutela cautelar para suspender los efectos del acto administrativo? Una propuesta», *Revista de Derecho Público*, N° 141, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «El procedimiento de verificación de declaraciones y cumplimiento de deberes formales» en SOL GIL, Jesús, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, DUPOUY MENDOZA, Elvira y FERMÍN, Juan Carlos (Coords.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La determinación de la obligación tributaria», en SOL GIL, Jesús, PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, DUPOUY MENDOZA, Elvira y FERMÍN, Juan Carlos (Coord.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La técnica determinativa tributaria. “Una cuestión jurídica y contablemente opinable”», *Revista de Derecho Público*, N° 132, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013.

- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La verificación a los 30 años de codificación tributaria en Venezuela. Crónica de un sinsentido legislativo, administrativo y jurisprudencial», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coord.), *30 años de la codificación del Derecho tributario venezolano. Memorias de las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo II, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2012.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La ley como parámetro evaluativo en el test de constitucionalidad y el derecho a la defensa en materia tributaria. Comentario crítico a la sentencia N° 00531/2011», *Cátedra libre de derechos humanos UCV*, abril 2012, en <http://clvddhhucv.wordpress.com/>
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, *La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*, Editorial Jurídica Venezolana-Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Colección Estudios Jurídicos, N° 93, Caracas, 2012.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «Praxis (administrativa y judicial) en torno al procedimiento de verificación tributaria: estado actual», *Anuario de Derecho Público*, N° 3, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2010.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La responsabilidad patrimonial del Estado “Administrador, Juez y Legislador” tributario venezolano. Especial referencia al paradigmático caso del procedimiento de verificación», *Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, tomo II, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Buenos Aires, 2010.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «La determinación de la obligación tributaria y su corrección monetaria, en la sentencia N° 1490/2007 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia», *Revista de Derecho Tributario*, N° 121, Órgano Divulgativo de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2009.
- ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «Regulación, incongruencias e inconstitucionalidad del Procedimiento de Verificación Tributaria del Código Orgánico Tributario de 2001», *Revista de Derecho Tributario*, N° 111, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006.
- ANDRADE RODRÍGUEZ, Betty, «Evolución de la medida cautelar de suspensión de efectos en el contencioso tributario bajo la vigencia de la Constitución de 1999», *Revista de Derecho Tributario*, N° 111, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006.
- ANZOLA, Oswaldo, «La actualización monetaria en materia tributaria», *Revista de Derecho Tributario*, N° 67, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 1995.

- ARCIA, Sebastián, «Derechos humanos y tributación», *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Año 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000.
- AYALA CORAO, Carlos M., *La «inejecución» de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2009.
- AYALA CORAO, Carlos M., «La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias», en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (Coord.), *Derecho internacional de lo derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universal Nacional Autónoma de México, México D. F., 2002.
- BARNOLA (h), José Pedro, «Comentario sobre la nulidad del Parágrafo Único del Artículo 59 del Código Orgánico Tributario (doctrina del caso Justo Oswaldo Páez-Pumar et al)», *Revista de Derecho Tributario*, N° 87, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2000.
- BARRACA MAIRAL, Javier, *Pensar el Derecho. Curso de filosofía jurídica*, Ediciones Palabra, Madrid, 2005.
- BAZÁN, Víctor, «La articulación Derecho interno-Derecho internacional en materia de protección de los derechos humanos y algunos desafíos y novedades del sistema interamericano», en CASAL H., Jesús María, ARISMENDI A., Alfredo y CARRILLO A., Carlos Luis (Coords.), *Tendencias actuales del Derecho constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, tomo I, Universidad Central de Venezuela-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.
- BERTAZZA, Humberto J., «Derechos humanos y tributación», *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Año 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000.
- BILLARDI, Cristián J., y VERGARA SANDOVAL, Rafael, *Solve et repete. Crítica a su vigencia jurídica*, Vergara & Asociados-Plural Ediciones, La Paz (Bolivia), 2016.
- BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, *Estudios de Derecho Procesal Tributario vivo*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, N° 115, Caracas, 2017.
- BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, «Eliminación de los efectos suspensivos de los recursos tributarios. Una inconstitucionalidad», en SOL GIL, Jesús (Coord.), *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*, Livrosca, Caracas, 2002.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., «La aplicación por los tribunales constitucionales de América Latina de los tratados internacionales en materia de derechos

- humanos», en CARRILLO ARTILES, Carlos Luis (Coord.), *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A.*, Instituto de Derecho Público de la Universal Central de Venezuela-Ediciones Paredes, Caracas, 2008.
- CASAL H., Jesús María, *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Universidad Católica Andrés Bello, segunda edición, Caracas, 2009.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana, «El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la Constitución», en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (Coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2002.
- CAZORLA PRIETO, Luis María, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Editorial Aranzadi, quinta edición, Navarra, 2004.
- CORTI, Aristides Horacio M., «Acerca del Derecho Financiero y Tributario y de los derechos humanos», en BIDART CAMPOS, German J., y RISSO, Guido I. (Coords.), *Los derechos humanos del siglo XXI: la revolución inconclusa*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tercera edición, San José, 2004.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Ensayos sobre metodología y técnica jurídica en el derecho financiero y tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- GALVIS ORTIZ, Ligia, *Comprensión de lo derechos humanos. Una visión para el siglo XXI*, Ediciones Aurora, Bogotá, 2005.
- MONTERO TRAIHEL, José Pedro, «Observación a los derechos humanos a través de la tributación», *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Año 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000.
- NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1987.
- ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis, «El privilegio de autotutela y el principio del efecto no suspensivo de los recursos (Reflexiones históricas y de tutela judicial efectiva)», *Revista de Derecho Administrativo*, N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1997.
- PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «Los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos y su preeminencia en el derecho interno. Los derechos humanos como límites en las políticas de racionalización del sistema tributario», en ARISMENDI A., Alfredo y CABALLERO ORTÍZ, Jesús

- (Coords.), *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan Brewer-Carías*, tomo III, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela-Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2003.
- PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, «Derechos Humanos y Tributación», *Anais Das XX Jornadas Do Iladt. Año 2000 – Salvador – Bahía*, tema 1, Derechos Humanos y Tributación, ABDF, Salvador-Bahía, 2000.
- PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004.
- PINTO, Mónica, «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (Comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2004.
- PIZA, Rodolfo, *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, 1989.
- RUAN SANTOS, Gabriel, «Nuevo replanteo de viejas cuestiones» (Discurso de Orden para las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario), *Revista de Derecho Tributario*, N° 137, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.
- RUAN SANTOS, Gabriel, «La función de determinación en el nuevo Código Orgánico Tributario. (Fiscalización y determinación)», en SOL GIL, Jesús (Coord.), *Estudios sobre la reforma del Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002.
- SPISSO, Rodolfo, *Tutela judicial efectiva en materia tributaria*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.
- TARUFFO, Michele, *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- VALDÉS COSTA, Ramón, *Instituciones de Derecho tributario*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.
- VALDÉS COSTA, Ramón, «La protección de los derechos del contribuyente a nivel internacional. El Pacto de San José de Costa Rica», *R. T.*, t. XIV, N° 84, y en *Rev. D. F.*, N° 480, t. XLIV, Buenos Aires, 1988.
- VAN DER VELDE HEDDERICH, Ilse, *In Memoriam Ilse van der Velde Hedderich*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2001.
- VILLEGAS, Héctor B., *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*, Editorial Astrea, 8ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2002.

LA EXCEPTIO INADIMPLETI CONTRACTUS Y LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (LA NECESARIA CLARIFICACIÓN DE UNA VETUSTA E INCOMPRENDIDA REGLA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO). PROF. JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS* .

SUMARIO

I. LA EXCEPCIÓN *INADIMPLETI CONTRACTUS* EN EL DERECHO VENEZOLANO. 1. Introducción: el incumplimiento contractual y sus consecuencias. 2. El reclamo o demanda de cumplimiento y la *exceptio inadimpleti contractus* propiamente dicha. 3. La acción de resolución y el incumplimiento del demandante como defensa o excepción de fondo. II. LA EXCEPCIÓN *INADIMPLETI CONTRACTUS* EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA. 1. Introducción: los contratos de la Administración. A. Notación. B. Los contratos administrativos y sus elementos. a. La identidad de las partes contratantes. b. El objeto del contrato administrativo: una actividad de "interés general". c. La existencia de potestades exorbitantes del Derecho común. 2. El ejercicio del derecho a rehusarse a cumplir las obligaciones contractuales (*exceptio inadimpleti contractus*) en el marco de la contratación administrativa. A. El asunto Astilleros La Guaira. a. Los antecedentes. b. El *thema decidendum*. c. La decisión. B. Las sentencias subsecuentes. C. Recapitulación. III. LA EXCEPCIÓN *INADIMPLETI CONTRACTUS* EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA Y SU CONSECUENCIA: LA NECESARIA REVISIÓN DEL CRITERIO FIJADO POR LA JUSTICIA VENEZOLANA. A. Introducción. B. La identidad de la Administración contratante. C. Las Condiciones Generales de Contratación. a. La *exceptio inadimpleti contractus* y las Condiciones Generales de Contratación. b. El principio de capacidad contractual. D. El derecho fundamental a la defensa y el principio de interpretación *pro cives*. E. El asunto *Venezuela-Auconven*. F. La revisión de la noción de contrato administrativo. IV. LA ALEGACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN COMO EXCEPCIÓN DE FONDO EN EL MARCO DE UN PROCESO EN EL QUE ESTA RECLAMA LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO. A. El asunto Constructora Finchel, C.A. B. El asunto Constructora Mandez. C. Recapitulación.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academias de Ciencias Políticas y Sociales.

I. LA EXCEPCIÓN *INADIMPLETI CONTRACTUS* EN EL DERECHO VENEZOLANO

1. Introducción: el incumplimiento contractual y sus consecuencias

El ordenamiento jurídico venezolano contempla dos consecuencias jurídicas *diferentes* ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes contratantes en el marco de un contrato bilateral¹. Efectivamente, de acuerdo con el artículo 1.167 del Código Civil², frente al *incumplimiento culposo* de su deudor el acreedor puede optar por:

1. Exigir la *ejecución* del contrato (puede, más propiamente, exigir el *cumplimiento* de las obligaciones contractuales a cargo de su deudor). Esta exigencia encuentra su fundamento en los artículos 1.159 y 1.160 del Código Civil, que establecen, respectivamente, (i) que los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes³ y (ii) que los contratos deben ejecutarse de buena fe⁴.

¹ MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana, 5ª Edición Primera Reimpresión, Caracas, 2012, pp. 759-761.

² Código Civil (*Gaceta Oficial de la República* N° 2.990, del 26 de julio de 1982). Copiado a la letra el artículo 1.167 del Código Civil venezolano establece: «En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su *elección* reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello».

³ El artículo 1.159 del Código Civil establece textualmente lo siguiente: «Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley». A propósito de esta norma nuestra justicia ha afirmado (i) que «conforme a lo previsto en el artículo 1.159 del Código Civil el contrato legalmente perfeccionado tiene fuerza de ley entre las partes, lo que *significa que lo estipulado se constituye como de obligatorio cumplimiento para los contratantes*, so pena de incurrir no sólo en la respectiva responsabilidad civil por incumplimiento, sino también en diversas consecuencias que acarrearán para las partes las variadas situaciones que pueden presentarse con motivo de dicho incumplimiento (riesgo del contrato, acción resolutoria, excepción non

2. Alternativamente, puede demandar la *resolución* del contrato (puede, esto es, exigir la terminación o disolución del vínculo contractual).

En uno y otro caso el acreedor puede exigir el pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento⁵.

Mientras la demanda *-lato et improprio sensu-* de cumplimiento persigue *preservar el vínculo* contractual, la acción judicial de resolución busca *disolverlo*, pues esta última es una forma de terminación de los contratos propia o característica de las convenciones bilaterales⁶.

2. El reclamo o demanda de cumplimiento y la *exceptio inadimpleti contractus* propiamente dicha

Si el acreedor opta por exigir *el cumplimiento de las obligaciones* contractuales que según él no han sido satisfechas, el deudor puede oponerle a aquel la excepción de incumplimiento (*exceptio inadimpleti contractus*)⁷, tanto en sede judicial como extrajudicialmente⁸.

La precitada excepción se encuentra disciplinada por el artículo 1.168 del Código Civil, que reza textualmente así:

adimpleti contractus, daños y perjuicios contractuales, entre otras); y (ii) que «es así como se entiende que *los contratantes están obligados a cumplir el contrato del mismo modo que están obligados a cumplir la ley*, lo cual viene a representar uno de los principios de mayor arraigo en el campo del Derecho, cuyo origen se remonta a la antigüedad, llegándose a definir el contrato como ley particular que liga a las partes...» (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1.215, del 2 de septiembre de 2004, asunto *Distribuidora Kirios*).

⁴ El artículo 1.160 del Código Civil dispone: «Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley».

⁵ Al referirse a la acción de daños y perjuicios que cabe acumular a la acción de resolución contractual, Mélich-Orsini observa: «El artículo 1.167 C.C. señala expresamente que se trata de un *derecho* del acreedor a elegir esa modificación de la situación jurídica derivada del contrato, consistente en su resolución *en lugar de* su cumplimiento forzoso...», agregando a continuación que si el acreedor opta por demandar la resolución del contrato «...no le está excluido demandar además los daños y perjuicios que tal resolución acarree» (MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *Doctrina General del Contrato*, op. cit., pp. 722-723).

⁶ MADURO LUYANDO, ELOY, *Curso de Obligaciones* (Derecho Civil III), Fondo Editorial Luis Sanojo, Caracas, p. 509.

⁷ MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *Doctrina General del Contrato*, op. cit., pp. 759-761.

⁸ URDANETA FONTIVEROS, ENRIQUE, *Régimen Jurídico de la Exceptio Non Adimpleti Contractus*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, p. 183.

«En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones».

La excepción se traduce en el derecho que asiste a la parte de un contrato bilateral «...a negarse a cumplir sus obligaciones cuando su contraparte *le exige el cumplimiento* sin a su vez haber cumplido con su propia obligación»⁹. Dicho de otro modo, según nuestra doctrina la excepción *inadimpleti contractus* tiene por objeto suspender los efectos del contrato¹⁰, y «...excluye el deber de cumplir a cargo del *excipiens*...» hasta que su contraparte contractual haya dado cumplimiento a sus obligaciones¹¹.

En esencia, la *exceptio inadimpleti contractus* es una institución creada para brindar tutela preventiva o anticipada a un deudor -que al propio tiempo es también acreedor- frente a los riesgos asociados al incumplimiento de su recíproco deudor¹².

Comoquiera que la excepción del artículo 1.168 del Código Civil busca «...detener una exigencia de cumplimiento...»¹³, resulta menester destacar aquí que la excepción *inadimpleti contractus* propiamente dicha solo puede ser opuesta frente a un reclamo o una demanda *de cumplimiento -i.e.*, de ejecución- de un contrato. Según nuestra justicia, para que el demandado pueda oponer la excepción *inadimpleti contractus* «...resulta *indispensable* que una de las partes pida el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato»¹⁴.

⁹ MADURO LUYANDO, ELOY, *op. cit.*, p. 504. En palabras de Urdaneta Fontiveros, la *exceptio inadimpleti contractus* no es más que «...la facultad que tiene una de las partes de un contrato bilateral de negarse a ejecutar su obligación si la otra parte le exige el cumplimiento sin [antes] haber ejecutado la suya, salvo que aquella esté obligada a cumplir con carácter previo» (URDANETA FONTIVEROS, ENRIQUE, *op. cit.*, p. 3).

¹⁰ MADURO LUYANDO, ELOY, *op. cit.*, p. 507.

¹¹ MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *Doctrina General del Contrato*, *op. cit.*, pp. 759-761.

¹² GIORGIANNI, MICHELE, “Inadempimento (diritto privato)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume XX, Dott. A. Giuffrè Editore, Varese, 1970, p. 873.

¹³ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de noviembre de 1989, asunto *R. Lei*, en MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, 2ª Edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2003, pp. 525-526.

¹⁴ Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, Sentencia del 16 de septiembre de 1993, asunto *Inmobiliaria Orbie*, en MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, *op. cit.*, p. 524.

Una acotación final: El artículo 1.168 del Código Civil es *norma supletoria de la voluntad de las partes*. Por ende, en principio nada obsta para que las partes contratantes incorporen a sus contratos reglas especiales reguladoras del incumplimiento y sus consecuencias¹⁵.

3. La acción de resolución y el incumplimiento del demandante como defensa o excepción de fondo

Frente a una demanda de *resolución* del contrato por incumplimiento, el deudor demandado puede alegar que el demandante había incumplido sus obligaciones contractuales.

Según nuestra justicia, esa defensa o excepción de fondo *no puede ni debe confundirse* con la excepción *inadimpleti contractus* disciplinada por el artículo 1.168 del Código Civil¹⁶. Así lo ha asentado la Corte Suprema de Justicia¹⁷ venezolana al afirmar:

1. Primero, que la excepción de incumplimiento contractual prevista por el artículo 1.168 del Código Civil, «...no es oponible, de acuerdo a la doctrina de esta Sala -sentencia del 8 de diciembre de 1960-, al deudor que opta por la resolución del contrato, pues [ese artículo] está dirigido a detener una exigencia de cumplimiento».
2. Segundo, que «...el incumplimiento del actor, si bien *no constituye, en la demanda de resolución, la excepción en cuestión*, debe considerarse un hecho impeditivo de la pretensión...» de resolución que el actor hace valer en juicio.
3. Tercero, que «...corresponde al actor afirmar en el libelo la existencia de los hechos constitutivos de la pretensión y

¹⁵ Vid. MADURO LUYANDO, ELOY, *op. cit.*, p. 381-382, y BREWER-CARIAS, ALLAN, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 320-321. En palabras de Brewer-Carías, quedando a salvo las normas especiales -de rango constitucional y legal-reguladoras de los contratos de la Administración, tales contratos, «...*como cualquier otro contrato*, se rigen básicamente por *las cláusulas establecidas en el contrato mismo*, y por el *Código Civil*, siendo éste de *aplicación supletoria*, en el sentido de que sus normas rigen aquellas materias *no reguladas expresamente* por las partes en el...» contrato.

¹⁶ En contra, URDANETA FONTIVEROS, ENRIQUE, *op. cit.*, pp. 187-189.

¹⁷ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de noviembre de 1989, asunto *R. Lei*, en MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, *op. cit.*, pp. 525-526.

al demandado alegar la existencia de hechos impeditivos, modificativos y extintivos».

4. Cuarto, que «...el incumplimiento del actor de las obligaciones que derivan del contrato cuya resolución se pretende, es un hecho impeditivo de su pretensión...» que debe «...ser alegado por los demandados en el acto de la contestación de la demanda»¹⁸.

La decisión judicial citada con anterioridad puede ser complementada con otra, posterior en fecha, que dejó establecido (i) que «...uno de los requisitos o condiciones de procedencia de la acción resolutoria contractual, admitido pacíficamente por la doctrina es que el actor hubiese cumplido con su obligación, o que ofrezca cumplirla», y (ii) que «...tal requisito puede ser examinado [incluso] de oficio por el Tribunal, por corresponder a la determinación previa de que la acción [de resolución] está bien fundada»¹⁹.

Para comprender las diferencias que median entre la excepción de incumplimiento propiamente dicha, fundada en el artículo 1.168 del Código Civil, y la alegación de incumplimiento culposo formulada por el demandado en el marco de un proceso de resolución contractual, estimamos pertinente invocar una decisión judicial adicional²⁰. De acuerdo con esta última decisión judicial la alegación de incumplimiento que cabe formular en un proceso de resolución de contrato encuentra su

¹⁸ Como bien enseña Rengel-Romberg, al contestar la demanda el demandado «...ejercita el derecho a la defensa...» dando «...respuesta a la pretensión contenida en la demanda», y al hacerlo puede oponer *excepciones de fondo*, consistentes en «...la alegación de un hecho... que desvirtúa el efecto jurídico del [hecho] alegado por el actor, ora impidiendo el nacimiento del derecho, ora modificando sus consecuencias, o bien extinguiendo la pretensión» (RENGEL-ROMBERG, ARÍSTIDES, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Volumen III, 13ª Edición, Ediciones Paredes, Caracas, 2013, pp. 104 y 114).

¹⁹ Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, Sentencia del 14 de agosto de 1997, asunto *Autocamiones Corsas*, en MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, op. cit., pp. 418-419. Por el contrario, la parte que invoca la *exceptio inadimpleti contractus* «...no hace valer una limitación -apreciable de oficio por el juez- implícita en la pretensión propuesta por quien a su vez ha incumplido, sino un contraderecho autónomo al cual puede incluso renunciar» (vid., REALMONTE, FRANCESCO, “Eccezione di inadempimento”, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume XIV, Dott. A. Giuffrè Editore, Varese, 1965, p. 234).

²⁰ Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de febrero de 1994, asunto *Clay Ceramic*, en MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, op. cit., pp. 421-423.

fundamento en los principios de *reciprocidad, equidad y diligencia* plasmados por los artículos 1.134, 1.264 y 1.270 del Código Civil. Las normas legales indicadas establecen, respectivamente, que «...el contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente» (artículo 1.134); que «...las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas», y que «el deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención» (artículo 1.264); y, que «...la diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito» (artículo 1.270)²¹.

En síntesis, de acuerdo con las decisiones judiciales invocadas con anterioridad constituye un *error* confundir la excepción de incumplimiento propiamente dicha (*exceptio inadimpleti contractus*) con la alegación de incumplimiento culposo formulada por el demandado en el marco de un proceso de resolución contractual.

Mientras la primera procura impedir el cumplimiento que se le exige al demandado, la segunda pretende desvirtuar uno de los hechos constitutivos de la resolución exigida por el actor.

II. LA EXCEPCIÓN *INADIMPLETI CONTRACTUS* EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

1. Introducción: los contratos de la Administración

A. Noción

La jurisprudencia y doctrina venezolanas incorporaron a nuestro Derecho la distinción -de origen francés- entre *contratos*

²¹ En efecto, de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia, en aquellos supuestos en los que el actor «...en resolución...» ha incumplido sus obligaciones contractuales no «...puede hablarse de incumplimiento...» culposo del deudor, porque la suspensión de la ejecución de las obligaciones a cargo de este último «...se debe a la *inexistencia del presupuesto* que las partes habían estimado como causa» de las obligaciones del deudor (Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de febrero de 1994, asunto *Clay Ceramic*, en MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, *op. cit.*, pp. 421-423).

*administrativos*²² y *contratos privados* de la Administración. De acuerdo con esa distinción, los primeros (contratos administrativos) se encuentran sometidos a un régimen preponderante de Derecho Público por lo que respecta (i) a su celebración, (ii) ejecución o (iii) rescisión,

²² Sobre el tema de los contratos administrativos puede consultarse, *inter alia*, ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho Administrativo*, Parte General, Ediciones Paredes, Primera Reimpresión, Caracas, 2008, pp. 585-639; BADELL MADRID, RAFAEL y otros, *Contratos Administrativos*, Cuadernos Jurídicos N° 5, 1999; BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 162; BREWER-CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos N° 100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 329-331; FARIAS MATA, LUIS HENRIQUE, “La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina”, en *Libro Homenaje a Antonio Moles Caubet*, Caracas, 1981, pp. 935-977; IRIBARREN MONTEVERDE, HENRIQUE, “Los Contratos Administrativos y las Condiciones Generales de Contratación en el Pensamiento de Gabriel Ruan Santos”, en *Liber Amicorum. Homenaje a la obra del Profesor Gabriel Ruan Santos*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2018, pp. 752-753; MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “Contratos administrativos y potestades exorbitantes”, *Libro Homenaje a Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 264-278; PÉREZ LUCIANI, GONZALO, “Los contratos administrativos en Venezuela”, *Escritos del Doctor Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe para la Ciencia y la Cultura, Caracas, 2013, pp. 611-632; RODRÍGUEZ GARCÍA, ARMANDO, “Ejecución del Contrato Administrativo. Potestades de la Administración y Derechos de los Contratistas”, *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, 1991, pp. 85-223; y, SUBERO MUJICA, MAURICIO, “Críticas a la Doctrina del Contrato Administrativo en Venezuela”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, N° 9, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2016, pp. 94-99. En sentido coincidente también puede consultarse, *inter alia*, las decisiones judiciales que se citan a continuación: Corte Federal, Sentencia s/n, del 12 de noviembre de 1954, asunto *Alberto Machado-Conejos Mestizos*; Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias N° 143, del 14 de junio de 1983, asunto *Acción Comercial*; y, N° 71, del 11 de agosto de 1983, asunto *Cervecería de Oriente*, en ORTIZ-ÁLVAREZ, L.A. y MASCETTI, G., *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 75, 522, 95 y 96. En este mismo orden de ideas, consúltese Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencias N° 220, del 28 de noviembre de 2000, asunto *Alimentos de Occidente*; N° 1.452, del 11 de julio de 2001, asunto *Alatec Haskoning*; N° 2.743, del 15 de noviembre de 2001, asunto *Monagas Plaza*; N° 1.111, del 17 de septiembre de 2002, asunto *Municipio Francisco de Miranda del Estado Guárico*; N° 1.410, del 3 de diciembre de 2002, asunto *Armando Arturo Padrino Mago*; N° 1.929, del 9 de diciembre de 2003, asunto *Barinas Ingeniería*; N° 1.164, del 22 de julio de 2003, asunto *Franco José López*; N° 500, del 19 de mayo de 2004, asunto *Inversiones y Desarrollo P&R*; N° 1.002, del 5 de agosto de 2004, asunto *DHL, Zoom, Domesa y otros*; N° 2.584, del 4 de mayo de 2005, asunto *Servicios Industriales Especializados*; y, N° 881, del 29 de julio de 2008, asunto *Babcock de Venezuela*.

habida consideración de su estrecha vinculación con el interés general (*i.e.*, con un servicio público)²³; los segundos (contratos privados de la Administración), por el contrario, se hallan disciplinados predominantemente por reglas del Derecho Privado.

En el Derecho venezolano la noción de contrato administrativo ha sido empleada para (i) reconocerle a la Administración contratante *potestades públicas* (cláusulas exorbitantes) que la habilitan para imponer su voluntad en ciertas y determinadas condiciones y, consecuentemente, para hacer prevalecer el interés general sobre el interés individual, y (ii) atribuir competencia al juez llamado a pronunciarse sobre las controversias relacionadas con ese tipo de contratos²⁴.

B. Los contratos administrativos y sus elementos

Conforme a la jurisprudencia y doctrina venezolanas, los contratos de la Administración se pueden calificar como contratos administrativos cuando se cumplen los criterios que mencionamos a continuación.

a. La identidad de las partes contratantes

En los contratos administrativos al menos una de las partes contratantes ha de ser una persona jurídica estatal²⁵. Satisfecho este

²³ BREWER-CARIAS, ALLAN, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 44-51.

²⁴ Según la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hoy en día derogada, correspondía a la Sala Político-Administrativa de ese tribunal «conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades (artículo 42, numeral 14), (*Gaceta Oficial de la República* N° 1.893 Extraordinario, de 30 de julio de 1976). Esa norma fue luego reproducida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Gaceta Oficial de la República* N° 37942, 20 de mayo de 2004), hoy en día derogada.

Por otra parte, el término contratos administrativos también ha sido empleado en los instrumentos normativos, aún vigentes, que se mencionan a continuación: (i) Reglamento Parcial de la Ley Forestal de Suelos y de Aguas sobre Repoblación Forestal en Explotaciones Forestales (*Gaceta Oficial de la República* N° 34.808, 27 de septiembre de 1991); (ii) Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana (*Gaceta Oficial Extraordinaria de la República* N° 5.553, 12 de noviembre de 2001); (iii) Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos (*Gaceta Oficial de la República* N° 39.173, 7 de mayo de 2009); y, (iv) Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (*Gaceta Oficial Extraordinaria de la República* N° 5.991, 29 de julio de 2010).

²⁵ BREWER-CARIAS, ALLAN, *Contratos Administrativos*, *op. cit.*, p. 61.

primer requisito, el contrato califica como un contrato administrativo si se cumple uno cualquiera de los dos (2) extremos que mencionaremos más adelante²⁶.

b. El objeto del contrato administrativo: una actividad de “interés general”

Todo contrato administrativo tiene por objeto una actividad o servicio declarado por Ley como de “interés general”, de “interés público” o de “interés colectivo”²⁷. La actividad de interés general -i.e., de servicio público *lato et improprio sensu*- constituye el denominador común de este tipo de contratos, caracterizados por estar sujetos *en mayor o menor medida* al Derecho Público²⁸.

Ahora bien, esas actividades de interés general son -por definición- variopintas, *heterogéneas*. Por ello, *no todos* los contratos administrativos se hallan sometidos a *idénticas reglas*.

Dependiendo del objeto de la contratación administrativa, las partes pueden optar por someter su relación a un régimen en el que predomine el Derecho Público o tenga influencia sobresaliente el Derecho común. En este orden de ideas, resulta pertinente distinguir (i) los *servicios administrativos tradicionales*, que incluyen la *prestación directa*, por solo citar dos, de los servicios públicos de agua potable o de electricidad, de (ii) los *servicios públicos industriales y comerciales*²⁹. Y hecha esa distinción, luce pertinente observar cuanto sigue:

²⁶ IRIBARREN MONTEVERDE, H., “El equilibrio económico en los contratos administrativos y la teoría de la imprevisión”, *op. cit.*, p. 148; y, ARAUJO JUÁREZ, J., “El Contencioso de los Contratos Administrativos”, *XXXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar, Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo en Venezuela*, Barquisimeto, 2013, pp. 243-276.

²⁷ *Vid.* Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 220, del 28 de noviembre de 2000, asunto *Alimentos de Occidente*; y, Sentencia N° 2.743, del 15 de noviembre de 2001, asunto *Monagas Plaza*.

²⁸ Consúltese BREWER-CARIÁS, ALLAN., *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, *op. cit.*, p. 183. También Corte Federal, Sentencia del 12 de noviembre de 1954, asunto *Alberto Machado-Conejos Mestizos*; y, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de junio de 1983, asunto *Acción Comercial*, y Sentencia del 11 de agosto de 1983, asunto *Cervecería de Oriente*, en ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS y MASCETTI, GIOVANNA, *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*, *op. cit.*, pp. 76, 81 y 82.

²⁹ RIVERO, JEAN, *Derecho Administrativo*, Traducción de la 9ª Edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 477-491; y, LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de Derecho*

1. Mientras los servicios administrativos tradicionales demandan *continuidad* en su prestación³⁰, continuidad esta que se asegura sometiéndolos a un régimen de Derecho Público derogatorio del Derecho común, los *servicios públicos industriales y comerciales* pueden estar sometidos al derecho común y ser prestados por personas creadas conforme al Derecho Privado.
2. El carácter industrial o comercial de un servicio «...*comporta grados...*» y que, por ello, la necesidad de someter el servicio a normas de Derecho Público puede *variar en intensidad*³¹. Ciertamente, una cosa es encomendarle a una empresa la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica; otra distinta es la contratación de servicios de asistencia técnica a la empresa que genera, transmite y distribuye dicha energía.
3. La necesidad de someter la ejecución del contrato a reglas propias del Derecho Público es *más intensa* -no hay duda en propósito- cuando el contrato disciplina la prestación *directa e inmediata* del servicio administrativo tradicional. Por tanto, aun cuando un contrato pueda calificar como contrato administrativo, la ejecución del contrato que tenga por objeto la prestación de servicios *relacionados con* un servicio industrial o comercial puede estar sometida, por el contrario, a reglas en las que tenga influencia sobresaliente el Derecho Privado.

c. La existencia de potestades exorbitantes del Derecho común

Quando la Administración Pública obra como *autoridad* y, por ende, ejerce potestades públicas, sus decisiones unilaterales pueden ejecutarse, incluso contra la voluntad de los destinatarios de tales decisiones, sin necesidad de intervención previa del Poder Judicial, dado que el interés general encomendado a la Administración Pública debe

Administrativo, 5ª edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1983, p. 237.

³⁰ *Vid.*, *mutatis mutandis*, Consejo de Estado francés, 7 de agosto de 1909, asunto *Winkell*, en *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B., 10e édition, Éditions Dalloz, Paris, 1993, pp. 117-121.

³¹ RIVERO, JEAN, *op. cit.*, p. 479.

-en principio- prevalecer cuando dicho interés entra en conflicto con el interés individual. Pues bien, en el marco de una relación disciplinada por un contrato administrativo la Administración puede llegar a ejercer potestades públicas para imponerle su voluntad a sus contrapartes contractuales.

Según la doctrina y jurisprudencia venezolanas, las siguientes son “cláusulas” características -implícitas o presupuestas- que se encuentran presentes en todo contrato administrativo: (i) la potestad que se reconoce a la Administración Pública de interpretar unilateralmente el sentido y alcance de las disposiciones contractuales, (ii) el *ius variandi -rectius*, la potestad- que se reconoce a la Administración Pública de modificar unilateralmente el contrato, (iii) la potestad que se reconoce a la Administración Pública de revocar el contrato unilateralmente por consideraciones de “orden público” y (iv) la potestad de rescindir el contrato unilateralmente sin intervención judicial como sanción a la contraparte de la Administración Pública, en ejercicio de un poder disciplinario ejercido por la Administración.

2. El ejercicio del derecho a rehusarse a cumplir las obligaciones contractuales (exceptio inadimpleti contractus) en el marco de la contratación administrativa

A. El asunto *Astilleros La Guaira*³²

a. Los antecedentes

La sentencia, pronunciada por la Corte Federal y de Casación el 5 de diciembre de 1944, puso fin a una controversia judicial cuyos antecedentes cabría resumir en los términos siguientes:

1. La controversia giró en torno a un contrato, suscrito el 4 de marzo de 1939, que tenía por objeto la reconstrucción y mejoras del Puerto de La Guaira (en lo adelante, por mor de brevedad, el “Contrato”).

³² Sentencia de la Corte Federal y de Casación, del 5 de diciembre de 1944, asunto *Astilleros La Guaira*, folio 257 (consultada en original), (en lo adelante, por causa de brevedad, *Astilleros La Guaira*). Sobre el particular puede consultarse PÉREZ LUCIANI, GONZALO, “Los contratos administrativos en Venezuela”, *op. cit.*, pp. 619-620.

2. En el Contrato figuraban como partes contratantes la República de Venezuela y una sociedad anónima extranjera, constituida según las leyes del Reino de Holanda.
3. El Código Civil (1922) vigente para el momento de la celebración del Contrato no contaba con norma equivalente a la del artículo 1.168 del Código Civil venezolano actualmente en vigor (*ut supra*, Capítulo I., numeral 2.). Esta última norma legal, tomada por nuestro legislador del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, fue incorporada a nuestra legislación positiva en el año 1942³³.
4. El Contrato fue rescindido unilateralmente por la Administración contratante con base en lo dispuesto por el literal a. la Cláusula 53 de las Especificaciones que disciplinaban la relación que mediaba entre la República y su contratista. La prenombrada previsión contractual establecía textualmente lo siguiente:
«El Ministerio, sin perjuicio ni detrimento de las estipulaciones contenidas en la cláusula 54 que sigue, y sin perjuicio de su acción contra el Contratista, si hubiese lugar a ella, por demora, obra de mano defectuosa o por cualquiera otra causa, y sin perjuicio de las reclamaciones que llegado el caso pudiera hacer por daños resultantes de incumplimiento del Contrato, y estando o no vencido el plazo para la terminación de toda la obra, podrá, por notificación escrita, rescindir totalmente el Contrato por cualesquiera de las siguientes causas:
a) Si, a juicio del Ministerio, el Contratista se rehusare o demorare rectificar, reformar, reconstruir o reponer cualquier trabajo o material defectuoso, cuando él se lo indique; o ejecutare impropriamente todo o parte de la obra; o llevar adelante o demorare el trabajo de tal modo que, a juicio del Ministerio, el Contratista no estuviere en capacidad de garantizar la terminación de cualquier sección para la fecha indicada para la misma; o rehusare o descuidare proporcionar el número adicional

³³ MADURO LUYANDO, ELOY, *op. cit.*, p. 503; y, MÉLICH-ORSINI, JOSÉ, *Doctrina General del Contrato*, *op. cit.*, pp. 769-770.

de trabajadores o de señalados materiales, maquinarias u otras cosas adicionales, que a juicio del Ministerio y para garantizar la oportuna conclusión de las obras, puedan ser necesarias, bien por un período limitado de tiempo o hasta la terminación de la obra»³⁴.

b. El *thema decidendum*

Tras rescindir el Contrato por causa del incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por su contratista, la República propuso demanda judicial contra la empresa contratista con el objeto de que se la condenase a (i) el pago de daños y perjuicios y (ii) la demolición de las obras ejecutadas en contravención a lo pactado.

Frente a la demanda de condena propuesta en su contra, la contratista demandada alegó que la República no podía rescindir el Contrato con base en la Cláusula 53 de las Especificaciones. Su defensa se fundamentó en las razones que de seguida se indican:

1. Para la contratista el Contrato se hallaba regido por el Código de Comercio, habida consideración (i) que la contratista era una sociedad mercantil, y (ii) que en defecto de disposiciones expresas del Código de Comercio reguladoras del contrato de obras, a ese tipo contractual debían aplicarse las normas del Código Civil.

En síntesis, la demandada alegó que la resolución del Contrato se encontraba disciplinada por los artículos 1.231 y 1.699 del Código Civil vigente *ratione temporis*³⁵, y no por la Cláusula 53 de las Especificaciones.

³⁴ *Astilleros La Guaira*, folio 269.

³⁵ Las normas legales invocadas establecían (i) que «la condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales para el caso de que uno de los contratantes no cumpliera su obligación. En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte respecto de la cual no se ha ejecutado la obligación, tiene la elección, o de obligar a la otra a la ejecución del contrato, si es posible, o de pedir su resolución, además del pago de los daños y perjuicios en ambos casos. La resolución del contrato debe pedirse judicialmente» (artículo 1.231); y (ii) que «el dueño puede desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, de su trabajo y de la utilidad que hubiese podido obtener de ella» (artículo 1.699).

2. Según la contratista, la República no había honrado sus obligaciones contractuales. El alegato respondía a los *cambios* que la República le había introducido unilateralmente al Contrato y sus planos. En concreto, a la sustitución del terreno ofrecido para Patio de Trabajo por otro de inferiores condiciones, y a las modificaciones al Contrato y a los planos de la obra con relación a ciertos particulares de la Dársena de Pesquería. Respondía, además, a omisiones imputables a la República, particularmente a no haber hecho el relleno necesario para el empalme ferroviario con la línea del Ferrocarril que unía las poblaciones de La Guaira y Caracas³⁶.

A raíz de los incumplimientos mencionados anteriormente la República no podía rescindir unilateralmente el Contrato. El fallo judicial resume esta defensa de la demandada en los siguientes términos: «...quien falta a sus obligaciones, o impide ú obstaculiza que el otro las ejecute, no puede ni pedir a la contraparte que cumpla la suya, ni rescindir o resolver el vínculo jurídico que los une»³⁷.

c. La decisión

Planteada la controversia en esos términos, la Corte entendió que a ella correspondía determinar, por una parte, si la controversia debía decidirse con base en las reglas de Derecho Privado invocadas por la contratista; y por la otra, si los actos imputados a la República, particularmente los cambios introducidos al Contrato y sus planos, podían «...considerarse como un incumplimiento que autorizase la invocación de la *exceptio non adimpleti contractus*, o si, al contrario, se trataba, en cuanto a esos hechos imputados, del ejercicio de un derecho por parte del Ministerio»³⁸.

³⁶ *Astilleros La Guaira*, folios 359-360. El dato, generalmente pasado por alto por quienes comentan la decisión, es de la mayor importancia, porque revela que en esa controversia la Corte no analizó ni se pronunció sobre el incumplimiento de las obligaciones principales a cargo de la Administración contratante, consistentes, en la mayoría de los contratos administrativos, en el pago de sumas de dinero.

³⁷ *Astilleros La Guaira*, folio 358.

³⁸ *Astilleros La Guaira*, folio 342.

Para dar respuesta a esas interrogantes la Corte distinguió (i) los contratos administrativos de (ii) los contratos de Derecho Privado de la Administración. Según la Corte, la distinción entre los contratos (administrativos) «...que interesan a los servicios públicos...» y los contratos de Derecho Privado de la Administración descansa sobre «...un concepto nuevo de justicia, irreconciliables [*sic.*] con los preceptos civiles y mercantiles que rigen los contratos entre simples particulares»³⁹. Y sobre la base de esa distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración el fallo judicial formuló las precisiones siguientes:

1. Primero, que en los contratos administrativos el Derecho Privado «...sigue siendo el derecho [*sic.*] común en todo aquello que en dichos contratos no ofrezca una naturaleza especial...»⁴⁰.
 2. Segundo, que ha de considerarse «...como *regla esencial en la ejecución* de los contratos administrativos, que el interés general del *funcionamiento regular del servicio público* en relación con el contrato no debe ser comprometido por el interés privado del otro contratante». Para la Corte «...lo que se dice en este punto con respecto al concesionario de un servicio público, se aplica también a los contratistas de Obras Públicas, en las cuales está interesado un servicio público...»⁴¹ (en el caso *sub-iudice*, «...la construcción de obras portuarias...»).
- Dicho de otra forma, la Corte Federal y de Casación entendió (*ratio iuris*) que (i) cuando el contrato suscrito por la Administración versa sobre una actividad de interés general y, por ello, (ii) se considera necesario garantizar la *continuidad* de la actividad de interés general (la continuidad, *i.e.*, en la prestación del servicio público), (iii) la *continuidad* de dicha actividad exige o demanda la *preservación del vínculo contractual* y -en principio- la ejecución o cumplimiento cabal de las obligaciones a cargo del particular que contrató con la Administración.
3. Tercero, que por causa del servicio, «...la regla de la intangibilidad de los contratos bilaterales, salvo por nuevo acuerdo de las

³⁹ *Astilleros La Guaira*, folio 346.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Astilleros La Guaira*, folio 348.

partes, no rige de manera rigurosa en los contratos de la Administración»⁴².

En palabras de la Corte, el «...rigor de la intangibilidad sería perjudicial a los intereses colectivos, pues fácilmente se comprende los perjuicios que habría, si la Administración necesitase de acuerdos previos con el Contratista para introducir modificaciones en contratos que por su naturaleza y finalidad deben estar en todo momento sometidos a rectificaciones y mejoras que el mismo interés público aconseja, así sea en los planos como en los trabajos o en los medios de ejecución»⁴³. Siempre según la Corte Federal y de Casación, (i) la introducción de cambios al contrato constituye el «...ejercicio de un derecho...» (*ius variandi*) y, por ende, no puede ser calificado como incumplimiento -culposo se entiende- de la Administración Pública, que autorice la oposición de la excepción *inadimplenti contractus*⁴⁴; y, (ii) cuando los cambios «...sean de tal magnitud que desnaturalicen o cambien sustancialmente la obra o el servicio contratados...», el ejercicio de ese derecho autoriza al contratista para «...solicitar prórrogas y compensaciones...», así como la

⁴² El artículo 1.198 del Código Civil de 1922, vigente *ratione temporis*, disponía que «los contratos formados legalmente tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley». Complementariamente, el artículo 1.199 *eiusdem* establecía que «los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley».

⁴³ *Astilleros La Guaira*, folio 349. Según el Fallo (folios 347-348), el Decreto de 14 de abril de 1909, reglamentario de la Obras Públicas, establecía reglas especiales, propias de los contratos administrativos. De ese Decreto el Fallo cita *-inter alia-* el artículo 69, que establecía: «En los contratos que se celebren para la construcción de obras nacionales o de interés nacional que deben estar ajustadas en su letra y forma a lo prevenido por la leyes de la materia y tener en su cuerpo todas las cláusulas establecidas para los documentos de esa naturaleza, se establecerá como cláusula indispensable una condición resolutoria expresa, a fin de que el contrato quede resuelto de pleno derecho, si vencido alguno o algunos de los plazos estipulados, el contratista no hubiere dado cumplimiento a los compromisos por aquél contraídos. Además, se estipulará una pena pecuniaria por la falta de cumplimiento. § Único. No se estipularán prórrogas para el plazo fijo de dar comienzo a los trabajos de una obra contratada. Las prórrogas que en ese caso se concedan, serán a juicio, exclusivamente, del Gobierno Nacional, y por causas de fuerza mayor debidamente justificadas» (*vid. Leyes y Decretos de Venezuela 1909*, volumen 32, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1993, p. 77).

⁴⁴ *Astilleros La Guaira*, folio 361.

resciliación o terminación del contrato⁴⁵. En su decisión la Corte agregó que esos conceptos, fundados en la doctrina y jurisprudencia comparadas de la época, se veían reforzados por su expresa inclusión en el Contrato⁴⁶.

4. Cuarto, que en «...la más reciente doctrina algunos autores sostienen que en los contratos administrativos que interesan a algún servicio público, el particular contratista no puede oponer a la autoridad pública con quien ha contratado la regla *inadimpleti non est adimplendum*, partiendo no sólo del carácter de subordinación de la actividad del Contratista, al supremo interés público del servicio, que autoriza, como se ha visto, no considerar intangible el contrato cuando dicho interés lo exige, sino también partiendo de un nuevo concepto de la causa en los contratos bilaterales cuando se trata de contratos administrativos...»⁴⁷.

Con base en las razones expuestas anteriormente, la Corte concluyó que «carecen, en consecuencia, de toda eficacia, contra la procedencia de la acción deducida las imputaciones de incumplimiento de contrato alegadas por la Compañía [demandada] contra la parte actora»⁴⁸.

B. Las sentencias subsecuentes

El criterio sentado *Astilleros La Guaira* ha sido ratificado por nuestros tribunales contencioso-administrativos en reiteradas oportunidades. Veamos.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ La Corte cita, *inter alia*, la Cláusula Diecisiete del Contrato, que copiada a la letra establecía, cito: «Los documentos del contrato demuestran y describen la naturaleza general de los trabajos que han de ejecutarse, pero el Ministerio se reserva el derecho, en cualquier momento, de aumentar, disminuir o modificar los trabajos en cuanto a su extensión, diseño o construcción; pero el Contratista no deberá aumentar, disminuir o modificar los trabajos sin haber recibido para ello las instrucciones escritas del Ingeniero Residente y la autorización respectiva del Ministerio. Cualquier aumento, deducción o modificación autorizada en la forma preindicada, en ningún caso será motivo de invalidación del contrato y no dará ningún derecho al Contratista para exigir compensación alguna por daños, perjuicios, pérdida de beneficios u otros, a menos de que tal aumento, deducción o modificación llegue a ser desproporcionada en extensión y naturaleza y materialmente influya en la obra proyectada en el contrato» (*Astilleros La Guaira*, folio 361).

⁴⁷ *Astilleros La Guaira*, folios 358-359.

⁴⁸ *Astilleros La Guaira*, folio 362.

1. En el asunto *Instituto Psiquiátrico Rural Virgen del Rosario, C.A. et al.*⁴⁹ la Corte Suprema de Justicia sostuvo que como prestatario de un servicio público, la contraparte contractual de la Administración Pública se hallaba en el «...deber jurídico...» de continuar prestando dicho servicio aunque la Administración hubiera dejado de honrar sus obligaciones, porque la *exceptio inadimpleti contractus* «...no es aplicable a los contratos de servicio público», porque, según la Corte, «...en este tipo de relación jurídica, el interés general que motiva la contratación está muy por encima del interés particular...» del contratista⁵⁰.
2. Más recientemente, en el asunto *Pedarca*⁵¹ la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia aseveró textualmente lo siguiente:

«...la defensa esgrimida por la demandada PEDARCA se encuadra dentro de las previsiones de la excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus*. En efecto, nótese que la demandada ha argumentado que su incumplimiento obedece, precisamente, a los supuestos incumplimientos del Ministerio de Obras, Públicas. Sobre este particular, es bueno advertir que cuando la Administración reclama del co-contratante el cumplimiento de alguna previsión contenida en un contrato administrativo, éste queda imposibilitado para oponer la excepción antes dicha, *bastando citar para ello la decisión de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1945 (caso Astilleros La Guaira)* y las subsecuentes decisiones emanadas de esta Sala que ratificaron este criterio. Por ello, mal podía la demandada oponer a la demandante su incumplimiento, ya que ello, en materias como la sometida a consideración de la Sala, resultaría improcedente. Así se decide».

⁴⁹ Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 594, del 14 de agosto de 1998, asunto *Instituto Psiquiátrico Rural Virgen del Rosario, C.A. et al.*

⁵⁰ En sentido coincidente, Iribarren Monteverde afirma que «...parte esencial...» del régimen jurídico propio de los contratos administrativos «...consiste en que en la ejecución de este tipo especial de contratos, el contratante de la Administración Pública no puede oponer a ésta la “exceptio non adimpleti”, en razón del servicio público involucrado» (IRIBARREN MONTEVERDE, HENRIQUE, “Los Contratos Administrativos y las Condiciones Generales de Contratación en el Pensamiento de Gabriel Ruan Santos”, *op. cit.*, pp. 752-753).

⁵¹ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 789, del 11 de abril de 2000 (en lo adelante, por mor de brevedad, *Pedarca*).

La cita que antecede permite constatar que la afirmación contenida en el fallo *Pedarca* descansa única y exclusivamente sobre la decisión previamente adoptada por la Corte Federal y de Casación en el asunto *Astilleros La Guaira*. Solo eso. Nada más. Resta por subrayar que la “argumentación” sobre la cual descansa *Pedarca* ha sido reproducida en los fallos, posteriores en fecha, que resolvieron los asuntos *Promotora Jardín Calabozo C.A.*⁵² y *Constructora Oryana, C.A.*⁵³

3. Finalmente, en el asunto *Transporte Bonanza, C.A.*⁵⁴ la decisión es aún más escueta. De acuerdo a esta decisión, la *exceptio inadimpleti contractus* no puede ser opuesta a la Administración cuando esta última ha propuesto «...demanda por presunto incumplimiento de un contrato administrativo»⁵⁵.

C. Recapitulación

Con fundamento en *Astilleros La Guaira*, la doctrina y la jurisprudencia venezolanas han entendido tradicionalmente que la *exceptio inadimpleti contractus* propiamente dicha no puede ser opuesta a la Administración cuando media -o ha mediado- un contrato administrativo⁵⁶. Sin reparar en el tiempo transcurrido desde 1944 ni en los cambios experimentados por el Derecho venezolano a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, nuestra justicia ha ratificado una y otra vez el *dictum*

⁵² Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 534, del 11 de abril de 2007, asunto *Promotora Jardín Calabozo C.A.*

⁵³ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 845, del 17 de julio de 2008, asunto *Constructora Oryana, C.A.*

⁵⁴ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 848, del 14 de julio de 2004, asunto *Transporte Bonanza, C.A.*

⁵⁵ Aunque el Tribunal Supremo de Justicia invoca doctrina nacional, la cita de marras aporta poco, que el auto citado se limita a aseverar, cito, que «los contratos administrativos llevan intrínsecos diferentes principios y garantías que son de aplicación obligatoria por parte de los co-contratantes que los han celebrado. Tales principios y garantías están vinculados íntimamente bajo dos premisas, las cuales son: 1) el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato; y 2) la inaplicabilidad de la excepción non adimpleti contractus, que caracteriza a los contratos civiles y mercantiles... (Ver Romero Mendoza, Alfredo, “El Hecho del Príncipe en los Contratos Administrativos y su Regulación en el Decreto que contienen las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”, en Revista de Derecho No. 4, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 467-471)».

⁵⁶ BREWER-CARIÁS, ALLAN, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, op. cit., p. 214.

de *Astilleros La Guaira* y nuestros autores han hecho eco de esa postura jurisprudencial.

Empero, somos del criterio que hoy por hoy resulta *inexacto* afirmar que la contraparte contractual de la Administración tiene prohibido invocar la precitada excepción sin más ni más, cuando media -o medió- un contrato administrativo⁵⁷. Veamos.

III. LA EXCEPCIÓN *INADIMPLETI CONTRACTUS* EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA Y SU CONSECUENCIA: LA NECESARIA REVISIÓN DEL CRITERIO FIJADO POR LA JUSTICIA VENEZOLANA

A. Introducción

Como expondremos de seguida, hoy por hoy existen diversas razones que exigen revisar y clarificar el criterio sentado en *Astilleros La Guaira*. Las distintas razones a las cuales aludimos cabría enunciarlas así:

1. En *Astilleros La Guaira* la Corte Federal y de Casación puso fin a una controversia basada en un contrato administrativo en el que la República figuraba como parte contratante. A la luz de este primer dato, resulta pertinente preguntarse si el criterio sentado en esa decisión y en las que la ratifican su *dictum* puede ser extrapolado automáticamente -esto es, sin que medie reflexión previa- a las controversias derivadas de contratos administrativos suscritos por entes, distintos a la República, sujetos o gobernados por reglas diferentes.
2. A esa primera razón se suma otra, fundada en las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras (en lo adelante, por mor de brevedad, las “Condiciones Generales”), hoy en día derogadas⁵⁸. Ciertamente, las reglas de las

⁵⁷ Consúltense URDANETA FONTIVEROS, ENRIQUE, *op. cit.*, pp. 77-78.

⁵⁸ Decreto Ejecutivo N° 1.417, del 31 de julio de 1996 (*Gaceta Oficial de la República*, N° 5.096 Extraordinario, del 16 de septiembre de 1996). El antedicho Decreto fue derogado por el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (*Gaceta Oficial de la República* N° 39.181, del 19 de mayo de 2009).

- Condiciones Generales de Contratación que autorizaban a la contraparte de la Administración Pública para detener la ejecución de sus obligaciones contractuales si esta última incumplía las suyas, acreditan que la obligación de continuar prestando el servicio (i) no tenía entonces -tampoco lo tiene hoy por hoy- carácter absoluto, y que dicha obligación (ii) no descansa -no lo hace- sobre razones de orden público.
3. Estrechamente vinculada con la razón enunciada precedentemente se encuentra otra: el principio general de capacidad que informa la negociación contractual y la inexistencia de norma legal que limite la libertad contractual de la Administración para incluir en sus convenciones, como suele hacer la Administración Pública en sus contratos, previsiones reguladoras del incumplimiento de las partes.
 4. La compatibilidad del criterio jurisprudencial sentado por *Astilleros La Guaira*, limitativo -como es- (i) del derecho a la defensa y del principio de igualdad de armas que deriva de un derecho fundamental (derecho a la defensa) calificado como inviolable por la propia Constitución, y (ii) del derecho del acreedor a una tutela jurídica efectiva, con los derechos y el principio mencionados con anterioridad.
 5. La clave interpretativa en materia de incumplimiento contractual sentada por el laudo arbitral internacional *Venezuela-Aucoven*⁵⁹.
 6. Más recientemente, la tesis, defendida por un sector de la doctrina nacional, de acuerdo con la cual en Venezuela ya no cabe hablar de contratos administrativos.

⁵⁹ Laudo, remitido a las partes el 23 de septiembre de 2003, asunto *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) v. Venezuela*, CIADI Caso N° ARB/00/5. En propósito consúltese MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “Control Judicial y Arbitraje Internacional conforme al Derecho Administrativo Global” (Algunas reflexiones en torno al Laudo *Aucoven v. Venezuela*, al Derecho aplicable a los “Contratos Administrativos” en los que la contraparte de la Administración Pública es un inversionista extranjero, y la influencia de esa decisión jurisdiccional sobre el Derecho Administrativo nacional), Conferencia pronunciada en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 25 de mayo de 2010 en el marco de la conmemoración del Trigésimo Aniversario de la Revista de Derecho Público, en *Revista de Derecho Público*, N° 122, abril-junio 2010, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 71-85.

En las secciones que siguen pasaremos revista, una por una, a las distintas razones que a nuestro entender demandan la revisión y clarificación de la regla establecida por *Astilleros La Guaira*.

B. La identidad de la Administración contratante

Hemos tenido oportunidad de destacar anteriormente que en el contrato que dio pie a la decisión recaída en *Astilleros La Guaira* figuraba la República como parte contratante. Ese dato resulta pertinente porque la actuación de los órganos administrativos de la República, he aquí la regla general, se encuentra sometida al Derecho Público.

El Derecho aplicable a los órganos administrativos de la República, ente de Derecho Público con sustrato político-territorial, difiere del Derecho que regula las actuaciones, *e.g.*, de las Empresas del Estado, porque estas, he aquí la *regla general*, se encuentran disciplinadas por la *legislación ordinaria*. Efectivamente, por mandato del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Administración Pública

«las empresas del Estado se regirán *por la legislación ordinaria*, por lo establecido en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y las demás normas aplicables; y sus trabajadores y trabajadoras se regirán por la legislación laboral ordinaria»⁶⁰.

Con base en la norma legal invocada con anterioridad cabe afirmar que la especie o naturaleza de la persona jurídica estatal contratante incide sobre las normas de Derecho -Público o Privado- y los principios aplicables a una contratación en particular. Es más, habida consideración de la identidad de la demandante en *Astilleros La Guaira* cabe afirmar que lo decidido por la Corte Federal y de Casación no puede -ni debe- extrapolarse automáticamente a todas las Administraciones, porque no todas se encuentran sometidas al mismo régimen jurídico.

⁶⁰ *Gaceta Oficial de la República* N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014) En esencia, la norma reproduce lo dispuesto por los 106 de la Ley Orgánica de Administración Pública de 2001 (*Gaceta Oficial de la República* N° 37.305, del 17 de octubre de 2001) y 107 de la Ley Orgánica de Administración Pública de 2008 (*Gaceta Oficial de la República* N° 5.890 Extraordinario, del 31 de julio de 2008). De acuerdo con estas dos últimas normas, vigentes sucesivamente en el tiempo, las Empresas del Estado se hallan gobernadas por el Derecho ordinario, *salvo que* exista norma especial de Derecho Público derogatoria del primero.

Verbigracia, mientras las Empresas del Estado se hallan regidas por la legislación ordinaria y demás normas que les resulten aplicables, en principio la República -y otro tanto cabe decir de los Institutos Autónomos- se hallan gobernados por normas de Derecho Público⁶¹.

C. Las Condiciones Generales de Contratación

a. La *exceptio inadimpleti contractus* y las Condiciones Generales de Contratación

Según las Condiciones Generales de Contratación, al contratista de una obra pública le asistía el derecho a “paralizar la obra” o “paralizar la ejecución de la obra”, si la Administración contratante no honraba alguna de las *obligaciones principales*⁶² previstas por el contrato (si no pagaba a tiempo, *i.e.*, el anticipo contractualmente previsto o las valuaciones de obra ejecutada). Veamos.

El artículo 53 de las Condiciones Generales de Contratación, regulador del *pago del anticipo a cuenta de los derechos de crédito del contratista* que a lo largo de la vida del contrato debían documentarse mediante valuaciones de obra ejecutada, establecía textualmente lo siguiente:

«El ente Contratante en los casos en los cuales se hubiese establecido en el contrato, entregará al Contratista en calidad de anticipo, el porcentaje del monto del contrato que se hubiese establecido en el documento principal. Para proceder a la entrega del anticipo, el Contratista deberá presentar una fianza de anticipo por el monto establecido en el documento principal, emitida por una compañía de seguros o institución bancaria de reconocida solvencia, a satisfacción del Ente

⁶¹ Los artículos 98 (Institutos públicos o autónomos) y 101 (Sujeción de los institutos públicos o autónomos) de la Ley Orgánica de la Administración Pública establecen, respectivamente, que «los institutos públicos o autónomos son personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estatal, u ordenanza municipal, dotadas de patrimonio propio, con las competencias determinadas en éstas», y que su actividad «... queda sujeta a los principios y bases establecidos en la normativa que regule la actividad administrativa...».

⁶² Los supuestos de hecho (incumplimiento de obligaciones principales) regulados por las Condiciones Generales de Contratación se contraponen a las circunstancias de hecho (incumplimiento de obligaciones accesorias) en las que la contraparte basó su defensa en el asunto *Astilleros La Guaira (ut supra, nota a pie de página N° 36)*.

Contratante y según texto elaborado por éste, dentro del lapso de inicio de la obra. En caso de que el Contratista no presentare la fianza de anticipo, deberá iniciar la ejecución de la obra y estará obligado a su construcción de acuerdo al programa de ejecución del contrato y a las especificaciones del mismo. Presentada la Fianza de Anticipo y aceptada ésta, por el Ente Contratante, se entregará al Contratista el monto del anticipo correspondiente, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, contados a partir de la presentación de la valuación de anticipo, la cual debe ser entregada después del acta de inicio. De no producirse el pago, se otorgará una prórroga en la fecha de terminación de la obra, por igual término al de la demora del pago del anticipo por parte del Ente Contratante. El Contratista tendrá *derecho a paralizar la obra*, en caso de que el Ente Contratante tenga un atraso mayor de treinta (30) días calendario en límite establecido en el párrafo anterior, *hasta tanto se realice el pago del anticipo*. A los fines de amortizar progresivamente el monto del Anticipo concedido hasta su total cancelación, el Ente Contratante establecerá el porcentaje a deducirse de cada valuación a pagar al Contratista»⁶³.

Por su parte, el artículo 60 de las Condiciones Generales de Contratación, regulador del *pago de las valuaciones de obra ya ejecutada*, disponía textualmente cuanto sigue:

«Cuando el Ente Contratante tenga un atraso en el pago de valuaciones por más de sesenta (60) días calendario por cantidades superiores al diez por ciento (10%) del monto total del contrato más el porcentaje que represente el saldo no amortizado del Anticipo, el Contratista tendrá *derecho a paralizar la ejecución de la obra hasta tanto se realice el pago*, y en este caso se considerará otorgada una prórroga automática por tiempo igual al de la paralización de la obra. En todo caso, para ejercer este derecho, el Contratista deberá notificar al Ente Contratante su decisión de paralizar la obra por lo menos con siete (7) días calendario de anticipación. No habrá lugar a la indemnización, ni a la prórroga y suspensión de la obra que

⁶³ El artículo 53 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras Públicas del año 1991 (en lo adelante, por causa de brevedad, las “Condiciones Generales de 1991”) contenía norma equivalente (*vid.* Decreto N° 1.821, del 30 de agosto de 1991, *Gaceta Oficial de la República* N° 34.797, del 12 de septiembre de 1991).

tratan los artículos que anteceden, cuando el Contratista no haya dado cumplimiento cabal y efectivo a todas las obligaciones del contrato y del presente Decreto. En este caso, si la pretensión del contratista resultare infundada, éste pagará al ente contratante en calidad de cláusula penal, una cantidad de dinero pretasada en el Documento Principal por cada día de retraso hasta la fecha cierta en que deba ocurrir la continuación de la ejecución de la obra. En todo caso, quedan a salvo los derechos del Ente Contratante preceptuados en el Título VIII del presente Decreto»⁶⁴.

Pero de las Condiciones Generales de Contratación hay que destacar otro dato de la mayor significación: estas no eran más que *Instrucciones de Servicio*, esto es, *reglamentos administrativos*, cuyos preceptos iban dirigidos a los funcionarios de la Administración. Su finalidad no era otra que uniformar -en la medida de lo posible- la contratación de obras públicas⁶⁵.

Dicho de otro modo, no obstante la forma del acto (Decreto del Ejecutivo Nacional), las previsiones de las Condiciones Generales de Contratación no eran más que una *oferta de contratación*, cuya eficacia se encontraba supeditada a su aceptación, en todo o en parte, por la contraparte contractual de la Administración⁶⁶.

Tratándose de preceptos de naturaleza o carácter contractual, porque el valor obligatorio de los artículos 59 y 60 de las Condiciones Generales de Contratación se hallaba condicionado a su incorporación en un contrato, resulta menester formular aquí dos (2) reflexiones relacionadas con la *exceptio inadimpleti contractus* en el ámbito de la contratación administrativa. La primera se refiere al alcance o extensión de la regla que niega al contratista el derecho a invocar la precitada excepción; la segunda al orden público.

⁶⁴ El artículo 60 de las Condiciones Generales de 1991 contemplaba norma equivalente.

⁶⁵ RUAN SANTOS, GABRIEL y LUPINI, LUCIANO, "Consideraciones sobre las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras de la Administración Pública", en *Revista de Derecho Público*, N° 12, octubre-diciembre de 1982, Caracas, 1982, pp. 5-21.

⁶⁶ RUAN SANTOS, GABRIEL y LUPINI, LUCIANO, *op. cit.*, pp. 5-21. En sentido coincidente, nuestra justicia ha reconocido que las Condiciones Generales de Contratación tienen «...carácter contractual...», pues su aplicabilidad a una relación convencional determinada se halla subordinada a su voluntaria incorporación al contrato de que se trate (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 635, del 9 de junio de 2004, asunto *Constructora Jegal, C.A.*).

1. La invocación de la exceptio inadimpleti contractus propiamente dicha y el orden público.

Habida consideración de la naturaleza o carácter contractual de las reglas (uniformes) asentadas en los artículos 59 y 60 de las Condiciones Generales de Contratación, las precitadas Condiciones Generales de Contratación acreditaban que la regla jurisprudencial de conformidad con la cual la *exceptio inadimpleti contractus* no podía serle opuesta a la Administración que reclama el cumplimiento o ejecución de un contrato administrativo, no era un canon o precepto en el cual estuviese interesado el *orden público*.

De haberlo sido (*argumentum a contrario*), las Condiciones Generales de Contratación no hubiesen contemplado la regla en términos por lo demás concluyentes.

2. El alcance de la regla que niega al contratista el derecho a invocar la exceptio inadimpleti contractus propiamente dicha.

Los artículos 59 y 60 de las Condiciones Generales también acreditaban que la regla jurisprudencial, de conformidad con la cual la excepción no podía serle opuesta a la Administración, no se encontraba reñida con los contratos de obra y que, por tanto, resultaba perfectamente admisible en -y compatible con- ese tipo de contratos.

Expresado de otra manera, las Condiciones Generales de Contratación acreditaban que la regla jurisprudencial sentada en *Astilleros La Guaira* no tenía *carácter absoluto*, pues no resultaba incompatible con ese modelo contractual.

En síntesis, nada obsta para que la Administración negocie contratos en los que incluya previsiones reguladoras de los supuestos de hecho en los que el particular puede suspender la ejecución de sus obligaciones (esto es, el derecho -en la terminología de las Condiciones Generales- «...a paralizar la ejecución...» de sus obligaciones contractuales). Por consiguiente, cuando media contrato y dicho contrato regula los supuestos de hecho en los que el particular pueda suspender la ejecución de sus obligaciones, resulta *admisible* -es esto y no otra cosa lo que revelan las Condiciones Generales de Contratación- que la contraparte contractual de la Administración suspenda la ejecución de sus obligaciones hasta tanto esta última honre las suyas.

b. El principio de capacidad contractual

En nuestro Derecho la capacidad de las personas naturales y jurídicas es la regla; la incapacidad, la excepción. De esa premisa general se derivan tres (3) consecuencias fundamentales, a saber: (i) no hay incapacidad sin texto legal que la establezca; (ii) en principio, las normas que establecen incapacidades son de interpretación restrictiva; y, (iii) quien afirma la incapacidad -propia o ajena- tiene la carga de probarla⁶⁷. En palabras de De Sola,

«...es principio general la total capacidad de las personas individuales como de las colectivas. Es casi un aforismo jurídico, que recitan todos los iniciados en nuestra ciencia: la capacidad es la regla; la incapacidad, la excepción. Y toda excepción [legal] debe ser expresa»⁶⁸.

La regla enunciada con anterioridad gobierna por igual a la Administración al momento de negociar el texto de un contrato con su contraparte contractual. La actividad de los entes públicos, incluidas las sociedades creadas por el Estado, se encuentra disciplinada por el principio de la *autonomía de la voluntad* -también denominada *libertad de contratación*⁶⁹- y no por el principio de legalidad cuando de lo que se trata es de negociar -dentro de las limitaciones legalmente existentes- el contenido de sus contratos, pues en materia contractual no existe

⁶⁷ AGUILAR GORRONDONA, JOSÉ LUIS, *Derecho Civil. Personas*, Manuales de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, 25ª Edición, Caracas, 2013, p. 205.

⁶⁸ DE SOLA, RENÉ, “Capacidad de las personas jurídicas para intentar acciones penales”, RCADF, N° 45, Caracas, 1946, en *Código Civil de Venezuela. Artículos 19 a 40*, [Antecedentes, Comisiones Codificadoras, Debates Parlamentarios, Jurisprudencia, Doctrina, Concordancias], coedición del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y el Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas, 1969, p. 106.

⁶⁹ Vale la pena citar decisión judicial en la que se alude al *principio de libertad de contratación* en los siguientes términos: (i) «la libertad de contratación es un derecho... y las personas tienen la facultad de ejercer o no este poder jurídico que el Estado...» les ha reconocido; y, (ii) «...la libertad de contratación se ejerce mediante dos clases de libertades: la libertad de contratar y la *libertad contractual*. Mediante la primera las personas deciden si contratan o no, y sobre la base de la segunda, *los contratantes determinan libremente el contenido de los contratos...*» (Sentencia s/n del Juzgado Segundo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, del 7 de diciembre de 2009 (asunto *Elio Chacín Molero*)).

principio jurídico que les coloque en situación de minusvalía frente a los demás sujetos de Derecho⁷⁰. En virtud del principio de autonomía de la voluntad, la Administración cuenta con poder-facultad (*nomopoiesi*) para crear y aplicar las reglas contractuales que gobernarán su conducta futura⁷¹.

Ante la *inexistencia* de norma expresa de Ley⁷² prohibitiva de la inclusión en el contrato de una previsión, reguladora del incumplimiento de la Administración, que habilite al contratista para suspender la ejecución de sus obligaciones contractuales hasta tanto la Administración remedie su incumplimiento, la negociación y ulterior inclusión de una previsión como esa ha de reputarse *válida* y el ejercicio de ese derecho por el particular ha de considerarse *legítimo*⁷³.

D. El derecho fundamental a la defensa y el principio de interpretación pro cives.

El criterio jurisprudencial establecido en *Astilleros La Guaira* debe ser objeto de profunda revisión.

Así lo exige el artículo 49 de la Constitución venezolana que (i) *garantiza el debido proceso*, (ii) reconoce que el *derecho a la defensa es inviolable en todo estado y grado del proceso*⁷⁴ y, por vía de

⁷⁰ GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1981, p. 461-462.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Por Ley ha de entenderse aquí la Ley formal, esto es, el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (artículo 202 de la Constitución).

⁷³ A propósito de lo dicho cabe observar, además, (i) que la *presunción de validez*, característica de los actos administrativos, también ampara los contratos, porque éstos, salvo que se demuestre lo contrario, se presumen igualmente legítimos y tampoco necesitan refrendo u homologación judicial previa a su ejecución; y, que esta presunción de validez existe porque, en principio, no hay razón alguna para dudar de la legitimidad de los contratos, pero también porque sería inviable un sistema judicial ante el que hubiera que homologar o acreditar la validez de todos los actos jurídicos (*vid., mutatis mutandis*, Parada Vásquez es citado por Barceló Llop, Javier, *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos*, Universidad de Cantabria, 1995, Santander, p. 101). En sentido coincidente, MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, *El abuso de la forma societaria* (El levantamiento del velo corporativo a la luz de la doctrina de la Administración Pública y de la jurisprudencia venezolanas en materias civil, mercantil, administrativa, tributaria, laboral y penal), Editorial Sherwood, Caracas, 2005, p. 50.

⁷⁴ El artículo 49 de la Constitución (*Gaceta Oficial de la República* N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009) establece textualmente lo siguiente: «El debido proceso se

consecuencia, (iii) asegura el principio de igualdad de armas. Conforme a este último, tanto la parte que demanda el cumplimiento contractual como la que se opone a esa pretensión alegando el incumplimiento de la demandante, deben contar con iguales oportunidades para formular sus alegatos y defensas; con medios parejos de ataque y defensa que les aseguren un trato paritario y equilibrado⁷⁵. Así lo demanda, además, el principio de interpretación *pro cives*⁷⁶, canon este de interpretación

aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica es un derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en toda clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien le juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto. 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delito, faltas o infracciones en leyes preexistentes. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente. 8. Todos podrán solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del particular para exigir la responsabilidad personal del magistrado o juez y del Estado de actuar contra éstos».

⁷⁵ Sobre la *igualdad de armas en el proceso* consúltense Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 2.053, del 24 de octubre de 2000 (asunto *Automecánica Superautos*), y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1.620, de 18 de agosto de 2004 (asunto *León Cohen*). De acuerdo con la primera de las sentencias mencionadas, el principio de igualdad de armas exige que las partes cuenten con «...iguales oportunidades para formular alegatos y defensas». De acuerdo con la segunda, «el *derecho a la igualdad* de partes en el marco procesal (...) exige que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que ambas dispongan *de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación*».

⁷⁶ La Justicia venezolana, citando al catedrático español Santamaría Pastor, ha sostenido que «...el principio de favor libertatis... se halla más vinculado a la actividad administrativa, y

conforme al cual ha de determinarse el preciso significado y alcance del derecho fundamental a la defensa que nuestra Constitución garantiza.

A nuestro parecer, la inadmisibilidad -en juicio- de la *exceptio inadimpleti contractus* propiamente dicha no puede ser conciliada con la inviolabilidad del derecho a la defensa y con el principio de igualdad de armas; tampoco con el principio de interpretación *pro cives*.

A lo dicho cabría agregar que la prevalencia del interés general tutelado por la Administración, so pretexto de la superioridad de dicho interés, no es un canon absoluto. Ciertamente, la tradicional superioridad de la Administración, por ser ella la titular de un interés general, no puede ser invocada cuando el particular es titular -y hace valer- un derecho fundamental, pues si el particular acredita ser titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se intenten hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario de nada sirve, pues en este caso el interés general debe ceder a la primacía de aquéllos⁷⁷.

E. El asunto *Venezuela-Aucoven*

Complementariamente, entendemos que cabría citar aquí -*mutatis mutandis*- la conclusión a la cual arribó el Tribunal Arbitral que conoció y decidió el asunto *Venezuela-Aucoven*, con arreglo a la cual «...el estrangulamiento económico...» de la contraparte contractual de la Administración Pública, por causa de incumplimientos imputables a

sobre este esquema, se exige a la Administración aplicar entre múltiples alternativas la que resulte menos lesiva a derechos y libertades de los ciudadanos. En ese sentido, el principio *pro libértate* establece que cuando la norma que establece la potestad de intervención pueda “(...) razonablemente optar entre varias medidas alternativas para conseguir su finalidad ordenadora, debe necesariamente elegir la que resulte menos restrictiva de la libertad individual de los sujetos sobre los que vaya a ser empleada”...» (Corte Segunda en lo Contencioso-Administrativo, Sentencia N° 343, del 29 de febrero de 2012, asunto *Electricidad de Caracas*). En este mismo sentido, el Supremo Tribunal ha concluido que según el principio *favor libertatis* «los derechos fundamentales deben interpretarse de la manera más amplia y favorable al administrado para que sus contenidos puedan ser efectivos...». Ver Sentencia N° 1108 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, 16 de mayo de 2000 (asunto *Carlos Eduardo Oxford*).

⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 59, Civitas, S.A., Madrid, 1998, pp. 325-344.

la Administración, habilita al particular para (i) resolver unilateralmente el contrato administrativo y también, porque ésta no es sino una consecuencia de la precitada decisión de resolución, (ii) dejar de cumplir las obligaciones derivadas del contrato.

Dicho en otras palabras, la Administración, so pretexto de la superioridad del interés general, no puede exigirle al particular que cumpla con sus obligaciones *a todo trance*, esto es, que continúe cumpliendo independientemente de los muy gravosos efectos -incluida la quiebra- que el incumplimiento imputable a la Administración pudiera llegar comportar para aquél en el plano económico financiero.

Siendo esto así, no vemos razones que justifiquen el rechazo -de plano- de la *exceptio inadimpleti contractus* cuando la Administración incumple sus obligaciones dinerarias y ese incumplimiento somete al particular a gravosas consecuencias ajenas a los términos y condiciones pactados (*qui potest plus, potest minus*).

F. La revisión de la noción de contrato administrativo

Hoy por hoy parte significativa de la doctrina venezolana ha empezado a afirmar que la noción de *contrato administrativo* -y, por consiguiente, la distinción entre *contratos administrativos* y *contratos privados* de la Administración- ha sido «...superada...»⁷⁸, porque los motivos que justificaban su existencia cesaron⁷⁹.

Según Brewer-Carías, todos los contratos en los que una de las partes es una *persona jurídica estatal* (i) están sometidos a un *régimen*

⁷⁸ BREWER-CARIÁS, ALLAN, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, op. cit., p. 313. En sentido coincidente se pronuncia SUBERO MUJICA, MAURICIO, “Críticas a la Doctrina del Contrato Administrativo en Venezuela”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, N° 9, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2016, pp. 93-94.

⁷⁹ Según Brewer-Carías, los motivos sobre la cual descansaba la distinción cesaron porque cuando la Administración contrata siempre media un interés general y la persona jurídica estatal puede hacer uso de *potestades exorbitantes*, por una parte; y por la otra, la noción de contrato administrativo ya no es empleada por el Legislador para asignar competencia judicial razione materia (BREWER-CARIÁS, ALLAN, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, op. cit., p. 327). En idéntico orden de idea se pronuncia también HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO, “El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: A propósito del contrato administrativo. Un ensayo crítico”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 10, julio-diciembre de 2017, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, C.A., Caracas, 2018, pp. 189-208.

*jurídico mixto*⁸⁰ en el que rige el *principio de autonomía de voluntad* de las partes contratantes; y, (ii) la *libertad contractual* puede ser limitada únicamente por norma expresa contenida en la Constitución⁸¹ o en leyes formales. Salvo las limitaciones -de carácter imperativo- impuestas por la Constitución o la Ley, las partes «...en principio tienen *completa libertad para establecer el contenido de sus obligaciones y relaciones contractuales...* que estimen conveniente a sus intereses particulares...»⁸².

En síntesis, los contratos de la Administración se hallan sujetos a *normas y disposiciones de Derecho Privado* cuando no existe norma o precepto especial -de Derecho Público- que *discipline un supuesto de hecho determinado o disponga una (singular) consecuencia jurídica* aplicable a este modelo de contratación.

Se esté o no de acuerdo con la tesis, expuesta por un sector de la doctrina venezolana, de acuerdo con la cual los contratos administrativos ya no constituyen una categoría aparte o independiente, lo cierto es que el criterio jurisprudencial fijado en *Astilleros La Guaira* debe revisarse por dos razones, a saber:

1. Hasta cierto punto, constituye un contrasentido reconocer el derecho al equilibrio económico financiero en los contratos

⁸⁰ A diferencia de lo que sucede en otros países como en España -y salvo por lo que atañe a las aludidas previsiones constitucionales y legales existentes- la doctrina reconoce que «... los contratos del Estado *no han sido objeto de una regulación legal general...*» (BREWER-CARIAS, ALLAN, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado, op. cit.*, p. 314).

⁸¹ De acuerdo con los artículos 150 y 151 de la Constitución, «la celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley. No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional, o con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional. La ley podrá exigir en los contratos de interés público, determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías»; y, «en los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras».

⁸² BREWER-CARIAS, ALLAN, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado, op. cit.*, p. 221.

administrativos, a los fines de garantizar que a lo largo de la vida del mismo perdure la proporción o correspondencia entre prestaciones recíprocas existente al momento de contratar, por una parte; y por la otra, desconocer la facultad o derecho a rehusarse a cumplir las obligaciones contractuales (*exceptio inadimpleti contractus*) cuando la Administración, e.g., incumple sus obligaciones pecuniarias y, al hacerlo, altera la precitada correspondencia entre prestaciones recíprocas. Constituye un contrasentido, decíamos, porque el poder-facultad reconocido al acreedor que sufre las consecuencias del incumplimiento imputable a la Administración constituye justamente un remedio para evitar la (ulterior) alteración del equilibrio sustancial de los intereses de las partes contratantes⁸³.

2. Además, constituye una contradicción que a la contraparte de la Administración se le reconozca el derecho a proponer la acción resolutoria por incumplimiento de las obligaciones pecuniarias a cargo de la Administración, para así disolver y extinguir el vínculo contractual, y que, al propio tiempo, se le niegue el ejercicio de una facultad contractual (*exceptio inadimpleti contractus*) que procura restablecer el equilibrio entre las prestaciones recíprocas y, por vía de consecuencia, preservar el dicho vínculo, porque este segundo remedio -preservativo, como es, de la relación contractual- puede terminar sirviendo de mejor manera el interés público, subyacente al contrato, que la Administración pretendía tutelar con el auxilio o colaboración de su contraparte contractual.

IV. LA ALEGACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN COMO EXCEPCIÓN DE FONDO EN EL MARCO DE UN PROCESO EN EL QUE ESTA RECLAMA LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO

En otro orden de ideas, interesa destacar aquí que *Astilleros La Guaira* nada dice por lo que se refiere a la alegación de incumplimiento

⁸³ BIGLIAZZI GERI, LINA, BRECCIA, UMBERTO, BUSNELLI, FRANCESCO D. y NATOLI, UGO, *Derecho Civil* (Tomo I, Volumen 2, Hechos y Actos Jurídicos), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 1.085.

culposo formulada por el demandado en el marco de un proceso de resolución contractual, con el objeto de desvirtuar uno de los hechos constitutivos de la acción resolutoria propuesta por la Administración demandante. Sobre este particular solo se pronuncia nuestro más alto Tribunal en decisiones posteriores, en las que -como veremos más adelante- *aceptó* que se opusiera esta excepción de fondo con el objeto de acreditar la inexistencia de uno de los hechos constitutivos de la pretensión hecha valer por el actor.

A. El asunto *Constructora Finchel, C.A.*⁸⁴

Nuestra justicia ha afirmado que la contraparte contractual de la Administración sí puede alegar el incumplimiento de esta última cuando la Administración demanda la *resolución del contrato*.

Los detalles del asunto judicial mencionado en el párrafo anterior cabría sintetizarlos así:

1. En la demanda propuesta por *Constructora Finchel* ésta solicitaba (i) la *resolución* del contrato que había sido suscrito con *Centro Simón Bolívar* para la dotación de las unidades de enfriamiento de aire y manejo de aire acondicionado para el Edificio Norte del Palacio de Justicia, junto con (ii) los daños y perjuicios derivados del incumplimiento imputable a la Administración. En su contestación a la demanda, la Administración (*Centro Simón Bolívar, C.A.*) propuso demanda reconventional en la que pidió (i) la *resolución* del contrato y (ii) los daños y perjuicios derivados del incumplimiento imputable a su contraparte contractual. Dicho cuanto antecede, merece la pena subrayar al contestar la reconvenición, *Constructora Finchel* alegó que no le había sido posible ejecutar sus obligaciones de acuerdo a lo pactado, por causa de incumplimientos contractuales varios imputables -todos ellos- al *Centro Simón Bolívar*.
2. En palabras del Tribunal Supremo de Justicia, la controversia planteada la obligaba a determinar «...a cuál de las [dos] partes contratantes...» resultaba imputable el incumplimiento

⁸⁴ Sentencia N° 670 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, 4 de junio de 2008 (asunto *Constructora Finchel, C.A.*).

contractual. Y hecha esa precisión el Tribunal Supremo de Justicia entró a considerar la alegación -y medios de prueba- de la actora-excepcionante, *Constructora Finchel, C.A.*

3. Según nuestro más alto Tribunal,

«...incluso en el supuesto de que hubiese existido un retardo imputable al ente contratante [*Centro Simón Bolívar*] respecto a la entrega del anticipo, *situación que no ha quedado demostrada en el expediente*, ello lo que daría lugar es a que la contratista obtuviese una prórroga respecto al lapso previsto para el suministro de tales equipos, o en su defecto solicitase la resolución del contrato, más no pretender justificar en razón de la supuesta demora en relación a la dudada entrega del anticipo, el incumplimiento definitivo de la obligación...».

La sentencia acredita que el Tribunal Supremo de Justicia *no desechó* -por inadmisibile- la excepción de fondo que *Constructora Finchel, C.A.* opuso a la demanda reconvenicional propuesta por la Administración. Al contrario, el Tribunal se pronunció sobre el mérito de la excepción de incumplimiento que había sido opuesta a la demanda reconvenicional de la Administración.

El *derecho* que el fallo judicial anterior reconoce al particular que contrató con la Administración, le había sido reconocido antes a la Administración contra la cual había sido propuesta demanda por *resolución de contrato* por incumplimiento imputable a esta última.

B. El asunto *Constructora Mandez*⁸⁵

En sentido análogo cabría invocar aquí la decisión que resolvió el asunto *Constructora Mandez*. En efecto, una detenida lectura del fallo invocado permite constatar lo siguiente:

1. Primero, en este proceso la contraparte contractual de la Administración demandó la *resolución* del contrato de obras que mediaba entre ambas, alegando que esta última había incumplido

⁸⁵ Sentencia N° 112 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 16 de noviembre de 1995 (asunto *Constructora Mandez*), en ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS y MASCETTI, GIOVANNA, *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*, op. cit., pp. 610-614.

las obligaciones previstas en el contrato. Por su parte, la Administración (*Centro Simón Bolívar, C.A.*) sostuvo que «...para el momento en que fue paralizada la obra era perfectamente previsible que la actora *no cumpliría* el plazo de entrega y que... *había incumplido* la obligación de conservar la obra hasta su entrega...»; y,

2. Segundo, que la Corte *no desechó* por inadmisibile el alegato de incumplimiento opuesto por el *Centro Simón Bolívar*. Al contrario, la Corte entró a *analizar* si la excepción de fondo (incumplimiento) opuesta por la Administración tenía mérito⁸⁶.

C. Recapitulación

En síntesis, las sentencias mencionadas en este Capítulo reconocen que en el marco de un proceso judicial en el que se demanda la *resolución* de un *contrato administrativo*, la parte demandada -sea esta la Administración o su contraparte- puede alegar el incumplimiento de las obligaciones contractuales de su contraparte a los efectos de enervar la acción de resolución propuesta.

Caracas, 1° de marzo de 2018.

⁸⁶ En sentido coincidente *vid.* Sentencia N° 961 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 14 de diciembre de 1995 (asunto *Diques y Astilleros Nacionales (Dianca)*), en ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS y MASCETTI, GIOVANNA, *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*, *op. cit.*, pp. 590-597, y Sentencia N° 810 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 28 de enero de 1999 (asunto *Mantenimientos Cordero (Mancorca)*), en ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS y MASCETTI, GIOVANNA, *Contratos Administrativos*, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 590-597 y 614-616.

**ÉTICA Y LUCRO EN EL TRABAJO.
DE LA BUENA FE A LA RESPONSABILIDAD
SOCIAL EMPRESARIAL.
LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA
EN AMÉRICA LATINA.
DR. OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ* .**

SUMARIO

1. EL RECLAMO A LA ÉTICA EN LAS RELACIONES DE TRABAJO. 2. COMPROMISO ÉTICO Y LUCRO. 3. DE LA BUENA FE Y LA PROBIDAD COMO OBLIGACIONES IMPLÍCITAS EN EL CONTRATO DE TRABAJO A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL. 4. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. 5. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN AMÉRICA LATINA. 6. CONCLUSIONES.

* Profesor de Derecho del Trabajo, UCLA. Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y del Instituto Venezolano de Derecho Social. ExPresidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. EL RECLAMO A LA ÉTICA.

Las reflexiones de contenido ético resultan especialmente oportunas cuando la difusión de las doctrinas que proclaman la necesidad de dar prevalencia a las denominadas “leyes naturales del mercado”, tiende a alejar al Derecho del Trabajo de las concepciones humanísticas que inspiraron el desarrollo moderno de esta disciplina.

La consideración de que la ética sea un elemento importante a considerar en la relación de trabajo tiene un reflejo inmediato sobre la idea que se tenga de las mismas. Partiendo de los puntos de vista anteriormente expresados, no tienen cabida ni la concepción que reduce las relaciones de trabajo a un episodio del proceso necesariamente conflictivo de la lucha de clases ni aquella que las entiende como un sistema idóneo para evitar el conflicto industrial, controlando la fuerza de trabajo para ponerla al servicio de las que se postulan como finalidades fundamentales del trabajo: el aumento de la productividad para lograr el crecimiento de la economía y el incremento de los beneficios.

Todo el proceso de crecimiento de la economía y de implantación de nuevas formas de organización del trabajo que se vivió durante la revolución industrial estuvo enmarcado en una concepción economicista, en la cual tenían poca importancia las consideraciones éticas y sociales relativas a la persona del trabajador y su familia, ya que, dentro de la lógica del capitalismo, para lograr el crecimiento económico es necesario privilegiar la acumulación del capital, aun cuando la misma se haga en desmedro de la remuneración de la fuerza de trabajo. Dice Luis Ugalde que “todo proceso de acumulación de capital productivo se hace con base en la fuerte reducción del acceso de los trabajadores a los bienes y servicios. Así fue en el capitalismo de los países industrializados primeros, y así fue, por ejemplo, en la Unión Soviética, con

la capitalización dirigida por el Estado. La promesa ética en uno y otro caso está en que “nuestros hijos vivirán mejor” gracias a los actuales sacrificios. La arduidad del trabajo, en cualquier cultura, se compensa con el fruto de bienestar que produce. El problema ético surge cuando unos ponen el trabajo y otros reciben el disfrute”¹.

El cuestionamiento del modelo liberal individualista, proviene de las más diversas concepciones ideológicas postularon la necesidad de revisar la “ética” o, como también se ha dicho, la ausencia de ética del modelo capitalista surgido de la revolución francesa y de la revolución industrial. Se ha sostenido el principio ético de que el capital, factor material, no puede ejercer frente al trabajo humano la preponderancia que postulan el capitalismo liberal clásico y el contemporáneo neoliberalismo. De allí que se haya impulsado la necesidad social de promover formas de protección al trabajo, cuyo desarrollo sistemático se expresó en el Derecho del Trabajo y en las relaciones laborales institucionalizadas. Dentro de la diversidad de corrientes que motorizaron el cambio social, presente todas en el ámbito del pensamiento crítico, pero también reflejadas en la praxis del movimiento obrero, puede distinguirse como denominador común la existencia de consideraciones éticas que dan al trabajo del hombre un valor que va más allá de ser un factor de producción y que, en consecuencia de ello, reclaman para el mismo un tratamiento acorde con las exigencias de la justicia social y la dignidad de la persona del trabajador.

Todo lo expuesto permite concluir que los planteamientos éticos relativos al trabajo se encuentran en la génesis del surgimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo, de la seguridad social, del sistema de relaciones de trabajo institucionalizadas y, en fin, de las políticas sociales emprendidas por el Estado moderno.

Pero el gran dilema consiste en que el principio de la prioridad del trabajo respecto del capital, que, como se ha dicho, es, según Juan Pablo II, un postulado que pertenece al orden de la moral social, no suele gozar de la aceptación ni de los teóricos de importantes escuelas económicas ni de importantes dirigencias empresariales. Aquellos, a

¹ Luis Ugalde, s.j. La ética en las Relaciones de Trabajo, en XVII Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 1992, p.297.

partir de los años 80 lograron replantear y darle nuevo vigor a los enfoques que pretenden un orden de prevalencia de los factores sociales que privilegia el capital y más propiamente el mercado, sobre el trabajo, y favorecen el desarrollo de las tendencias de flexibilización e, incluso, desregulación de la actividad laboral.

2. COMPROMISO ÉTICO Y LUCRO

Es un axioma el conceptualizar la empresa como una organización de factores humanos y económicos destinada a la producción de bienes y servicio con una finalidad lucrativa. Señala el anteriormente citado Juan Pablo II², que la realización de los derechos del hombre del trabajo no puede estar condenado a constituir solamente un derivado de los sistemas económicos los cuales, a escala más amplia o más restringida, se dejan guiar sobre todo por el criterio del máximo beneficio.

Este criterio, de organizar los factores de la producción con la finalidad fundamental de obtener un máximo lucro, es contrario al orden moral que, aplicado a las relaciones de trabajo, exige que éstas sean reguladas conforme a una regulación que no obedezca a las simples conveniencias económicas de la parte que está en la posibilidad real de determinar las condiciones de trabajo, sino que persiga el predominio de un espíritu de justicia y seguridad social. Es de señalar que, si bien es cierto que la exigencia de ética no se agota en la observancia de la legalidad, pues exige que la Ley se cumpla conforme a la equidad, no lo es menos, que la existencia de una legalidad conforme a la ética es un requisito indispensable para que los postulados de ésta puedan avanzar en un camino hacia su realización general.

En el fondo de la cuestión hay un problema de moral empresarial, de la empresa como institución y de la persona de su titular: el empresario. Si para la empresa la medida fundamental de su eficiencia está dada por su rentabilidad económica, la reducción del costo laboral es una meta a perseguir independientemente de la connotación moral o social negativa que comporte. Si en la concepción vital del empresario el confort y el enriquecimiento son sus valores fundamentales, no tendrá

² Ibidem.

reparo en regatear a sus trabajadores el justo valor de su trabajo, pues el ahorro que así obtiene, aun cuando cuestionable desde el punto de vista ético, le permitirá incrementar su nivel de lujo y riqueza. Si por el contrario, si el empresario tiene una concepción ética de la empresa y de la economía, se esforzará en lograr que su legítimo afán de lucro no vaya en desmedro del también legítimo derecho del trabajador a un trabajo digno y suficientemente remunerado. Este equilibrio entre LUCRO y ética laboral es uno de los principales desafíos del empresario contemporáneo.

La formulación de políticas anti laborales, así como el empleo generalizado de mecanismos destinados a evadir la protección del trabajo, son consecuencias de una concepción económica ajena a los valores éticos que deben regir la prestación del trabajo y al respeto de la dignidad humana del trabajador. Tan solo en la medida en que se modifique tal concepción y se sustituya por una que tome en cuenta los valores ético-sociales a que nos venimos, las sociedades podrán ir avanzado en su desarrollo económico de un modo que sea compatible con el desarrollo social y la justicia social. Tal cambio, como todo proceso ideológico es difícil y largo. Señalar su necesidad es el primer paso para estimular una forma de conciencia. Tal propósito anima estas reflexiones.

3. DE LA BUENA FE Y LA PROBIDAD COMO OBLIGACIONES IMPLÍCITAS EN EL CONTRATO DE TRABAJO A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL.

No obstante la debilidad ética de que históricamente puede encontrarse tanto en individuos como en colectividades, en la concepción misma del Derecho como instrumento regulador de la conducta del hombre en sociedad, siempre han estado presente los valores éticos. En principio, se establece jurídicamente una forma de conducta, porque se considera que la misma es adecuada a los valores éticos que la sociedad proclama.

Ya en el Derecho Romano post clásico la “bona fides” era una cualidad de los contratos y llegó a constituirse en un principio jurídico de aplicación general. La eficacia y seguridad de los contratos se basaba en la recíproca confianza entre los contratantes, que nacía de la buena fe,

entendida como una regla de contenido ético que obligaba a los contratantes, no solo a cumplir honestamente con lo convenido en el contrato, sino también a hacerlo de manera equitativa.

Para el Derecho moderno la buena fe es un principio jurídico fundamental que informa la totalidad del ordenamiento jurídico. En materia civil, se ha consagrado expresamente Civil el principio de la buena fe contractual. Así, el último párrafo del artículo 1134 del Código Napoleón estableció que “las convenciones deben ser cumplidas de buena fe” y el artículo 1135 dispuso que “las convenciones obligan no sólo a lo expresado en ellas, sino también a las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza”. Disposiciones similares incorporaron las legislaciones civiles de otros países de Europa.

El Código Civil de Chile de 1855, que fue el primer Código Civil realmente original de América Latina, elaborado a partir de una propuesta del venezolano Andrés Bello, Maestro del Libertador Simón Bolívar, y que influenció de manera importante la codificación civil en la América Latina integró en un solo artículo la normativa francesa relativa al buena fe contractual y en su artículo 1343 estableció:

“Todas (las convenciones) deben ejecutarse siempre de buena fe, sea cual fuese su denominación, es decir, obligan no sólo a lo que se expresa en ellas, sino a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación, según su naturaleza “

Palabras más, palabras menos, la mayoría de los Códigos Civiles latinoamericanos han incorporado esta norma.

De gran contenido ético es igualmente la formula romana del “bonus pater familias”, que según Catón corresponde a quien que cumple con aquellas cosas que le corresponden y paga de buena fe lo debido por pequeño que sea (traducción libre del latín)³. El “bonus pater familias” cumplía con el triple mandato de vivir honestamente, no causar daño a otro y dar a cada uno lo que le corresponda. El buen padre de familia era, y sigue siendo en muchos ordenamientos jurídicos, un paradigma

³ Citado por Villa. E., *Attualita e tradizione nell'ideale político e sociale del “vir bonua”* en *Rivista Studii Classici*, 1953, Tomo I, p. 21.

del comportamiento ética deseable del individuo. Sólo quien se aparte de ese paradigma será sujeto de responsabilidad civil por los daños que cause con su conducta imprudente o dolosa.

Pero la legislación civil siempre examinó estos temas desde un punto de vista individualista. Los contratantes deben tener buena fe, deben comportarse honestamente y deben suponer que su contraparte también lo hace. El buen padre de familia, debe vivir honestamente, no hacer daño a otros y dar a cada quien lo suyo. Se está hablando siempre desde una perspectiva individual, de cómo una persona debe comportarse con los demás. Es, por demás, lo que corresponde dentro de la concepción individualista que predominó en el siglo XIX.

Posteriormente, cuando en el siglo XX se consolida el Derecho del Trabajo, que es una disciplina que en su evolución ha llegado a trascender de lo individual, al regularse el contrato de trabajo, muchas legislaciones incorporaron la buena fe o la probidad como una de las obligaciones de las partes en el mismo. “El principio de buena fe,” dice Livellara⁴, “tiene en el derecho laboral una significación muy especial por el componente personal que existe en esta rama jurídica. El contrato de trabajo, como hemos señalado, no crea sólo derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial, sino también una vinculación personal, que, al prolongarse en el tiempo, necesita de la confianza y la lealtad recíproca de las partes, quienes deben actuar de buena fe para lograr el normal y armónico desarrollo de la relación.” En el mismo sentido, Plá Rodríguez postula la buena fe como un principio del Derecho del Trabajo, señalando que en esta disciplina “la justificación y aplicación de este principio tiene una significación, una duración y una necesidad muy superiores a las que puede tener en contratos que se agotan en un intercambio único de prestaciones o en una simple correspondencia de prestaciones materiales”⁵.

Siguiendo a Héctor Jaime Martínez podemos ver que la exigencia de buena fe en el contrato de trabajo se manifiesta en diversos momentos. En la negociación previa a la celebración del contrato, las partes

⁴ Carlos A Livellara, *Derechos y Deberes de las Partes en Tratado de derecho del Trabajo*, Vásquez Vialard Director, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, T. 3, p

⁵ Américo Plá Rodríguez, *Los Principio del Derecho del Trabajo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 309.

deben suministrarse recíprocamente toda la información necesaria: el trabajador al empleador sobre sus condiciones personales relativas al trabajo y sobre sus aptitudes para desempeñar el mismo y el empleador al trabajador sobre las características del trabajo a realizar, sobre el alcance de sus obligaciones y su remuneración. La buena fe obliga al trabajador a desempeñar su labor con eficiencia y con lealtad y al empleador a “satisfacer las remuneraciones que al trabajador correspondan en forma íntegra y oportuna, garantizar la integridad física del trabajador y no someterlo a exigencias superiores a sus fuerzas o capacidades y en general ejercer el poder de dirección de manera racional y respetuosa hacia la persona del trabajador”. Igualmente, la buena fe debe regir el procedimiento de negociación colectiva de las condiciones de trabajo.⁶

A partir de las últimas décadas del Siglo XX, el desarrollo de las ciencias sociales ha llevado a considerar las obligaciones del empleador, no solo en el contexto de las relación laboral que mantiene con sus trabajadores, ya sean ésta regulada por un contrato individual o por una convención colectiva, sino dentro de la perspectiva más amplia de su papel dentro de la sociedad. El empresario, como titular de la empresa y propietario de los medios de producción, es un partícipe privilegiado de la riqueza de la sociedad. Dispone de más medios económicos que aquellos que de los cuales disponen la generalidad de ciudadanos que no son propietarios de empresas. De allí que le sea exigible una especial responsabilidad frente a la sociedad en la cual convive con tales ciudadanos.

Bajo estas premisas, a partir de finales del Siglo XX se ha formulado el concepto de responsabilidad social empresarial, que supone que las empresas deben ir más allá del simple cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, sino que deben comprometerse con programas destinados al bienestar social y ambiental dentro de un desarrollo sustentable.

En 1999, el Secretario General de las Naciones Unidas, Koffi Annan, presentó el Foro Económico Mundial (Foro de Davos) un instrumento denominado Pacto Global, destinado a dar un rostro humano

⁶ Héctor Jaime Martínez, Trabajo, Seguridad Social y Ética, en XXIV Jornadas J.M. Domínguez Escovar, La Reforma de la Seguridad Social y de la Legislación del Trabajo, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 1999, p.319.

al comercio global. Las organizaciones que se adhieren a este pacto asumen un compromiso de responsabilidad social empresarial y se obligan a implantar diez principios en sus actividades cotidianas y a informar sobre los progresos que van realizando en ese sentido. Para la fecha, más de 12.000 entidades de 170 países se han adherido al Pacto Global,

Los diez principios del Pacto Global son:

1. Apoyar y respetar la protección de los derechos humanos.
2. No ser cómplice de abusos de los derechos.
3. Apoyar los principios de la libertad de asociación y sindical y el derecho a la negociación colectiva.
4. Eliminar el trabajo forzoso y obligatorio.
5. Abolir cualquier forma de trabajo infantil.
6. Eliminar la discriminación en materia de empleo y ocupación.
7. Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente.
8. Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.
9. Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente.
10. Las empresas e instituciones deberán trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidos extorsión y soborno.⁷

El concepto de responsabilidad social empresarial logró una importante difusión con la publicación del llamado Libro Verde de la Comisión Europea, dedicado al tema y en el cual se define la responsabilidad social empresarial como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medio ambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con los interlocutores⁸. Para la Comisión Europea ser socialmente responsable no significa solamente cumplir con sus obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento, invirtiendo más en el capital humano, el ambiente y las relaciones con los interlocutores.

La nota de voluntariedad, propuesta por la Comisión Europea como sustancial de la Responsabilidad Social Empresarial ha sido

⁷ Pacto Global, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc>

⁸ comisión europea: *Libro verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, 18/7/2001, g/2001/0366 final (<http://eur-lex.europa.eu>), párrafo 20.

objeto de críticas. Entre otras cosas, puede señalarse que desde el punto de vista jurídico la responsabilidad no puede sustentarse en acciones voluntarias, ya que es una consecuencia jurídicamente obligatoria de una determinada conducta personal. En todo caso, más allá de discusiones teóricas, la promulgación de leyes que de alguna manera regulan la responsabilidad social empresarial, desdibuja el pretendido carácter voluntario de la misma. De allí que no sea extraño que en otras definiciones de la responsabilidad social empresarial se omita la nota de voluntariedad. Así, para el Banco Mundial la responsabilidad social empresarial es el compromiso que tienen las empresas de contribuir con el desarrollo sustentable, trabajando con sus empleados, los familiares de éstos, la comunidad local y la sociedad en general, para mejorar la calidad de su vida en maneras que sean buenas tanto para las empresas como para el desarrollo sustentable y la sociedad en general.

El concepto de responsabilidad social empresarial ha despertado apoyos y reservas.

Así, refiriéndose a las limitaciones de los códigos de conducta, que son una expresión de la responsabilidad social empresaria que analizaré en el próximo punto, Wilfredo Sanguinetti dice: “A pesar de ello, tampoco es posible negar que estos códigos son capaces de operar en la práctica como una herramienta útil a los efectos de compensar los déficits de protección a los que se ven sometidos en muchos casos esos derechos en los citados países, a falta de reglas de Derecho Internacional directamente vinculantes que puedan cumplir esa función. Desde este punto de vista, su ventaja fundamental radica, como se ha apuntado, en su aptitud para suplir el «vacío de gobernanza» existente en la actualidad a nivel transnacional, extendiendo la aplicación de los estándares laborales universalmente admitidos más allá de las fronteras nacionales y las jurisdicciones gubernamentales, a lo largo y ancho de las cadenas internacionales de producción de estas empresas.”⁹

⁹ Wilfredo Sanguinetti Raymond, Códigos de conducta para proveedores y contratistas de empresas multinacionales españolas, en *La Dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas*. Director Wilfredo Sanguinetti Raymond. Ediciones Cinca, Madrid, 2014, p.204.

Por su parte, Oscar Ermida Uriarte dice: “Sin lugar a dudas, en la responsabilidad social de la empresa hay mucho de *marketing*, de campaña de imagen, de publicidad y promoción. Lo que al jurista puede corresponderle es la determinación de qué hay de derecho allí y cuánto derecho se le puede arrancar a esa operación de mercadotecnia.”¹⁰

4. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

Dentro del marco conceptual de la responsabilidad social empresarial se han venido desarrollando instrumentos de auto regulación de la actividad empresarial comúnmente conocidos como “códigos de conducta”. En el citado libro verde de la Comisión Europea se definen los códigos de conducta como una “declaración formal de los valores y prácticas comerciales de una empresa y, algunas veces, de sus proveedores”.

El origen de los códigos de conducta hay que buscarlos en los movimientos de protesta contra los abusos de las empresas transnacionales. En este sentido es necesario señalar que el Siglo XX generó, más allá del imperialismo, que había sido descrito por Carlos Marx como la etapa superior del capitalismo, una nueva y universal fase del capitalismo: la globalización, la cual, como bien lo señala el recordado laboralista uruguayo Oscar Ermida Uriarte, “puede ser reducida, en su más íntima esencia, a la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, tales como libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones, etc. y al predominio del capital financiero.”¹¹

El capital de nuestros días no tiene patria ni ama las fronteras. Las grandes empresas rebasan las identidades nacionales y no juegan su suerte al destino de un imperio determinado. Lo que importa es la presencia activa en un mercado libre, competitivo y universal. Para el logro de ese mercado no son requeridas dominaciones políticas ni

¹⁰ Oscar Ermida Uriarte, Responsabilidad Social de la Empresa ¿marketing o derechos? En Responsabilidad Social Empresarial, Perspectivas Jurídicas par Estrategias Sindicales, FES, GTTNN, Montevideo, Julio 2009, p.12.

¹¹ Oscar Ermida Uriarte, Derechos Laborales y Comercio Internacional, ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del trabajo y Seguridad Social, Lima, 2.001.

territoriales. La gran empresa capitalista de hoy no se siente existencialmente vinculada a un determinado país, o al menos, no en los términos tan estrechos como ocurría en otros momentos históricos. Solo aspira a comprar y vender a todo lo ancho y largo del globo. No requiere de que un Estado establezca un dominio territorial o político que asegure sus operaciones, pero tampoco quiere, ni admite, que ningún Estado y, bajo ningún pretexto, se las obstaculice.

Las empresas transnacionales son las dueñas del capital en el mundo globalizado, manejan el mercado e influyen decisivamente en los organismos nacionales e internacionales que establecen las reglas para su funcionamiento. En esta lógica de funcionamiento, las soberanías nacionales se debilitan cada vez más, los Gobiernos son cada vez menos dueños del poder y las economías nacionales están más a merced de la economía globalizada

Dentro de este contexto, la actuación de las transnacionales ha dado lugar a reacciones contrarias, de entusiasmo y de censura. Por una parte, la generalidad de los estados les dio puerta franca, pues su presencia supone crecimiento de la inversión, del empleo y de las contribuciones fiscales. Por otra parte, sindicatos y ONGs han protestado por abusos cometidos por las transnacionales ejerciendo el poder que les da el nuevo orden económico mundial y las facilidades que puede derivar de sus formas de organización empresarial de naturaleza globalizada. Es por ello emblemático el dilema que formulan Kenneth E. Goodpaster y John B. Mathews, Jr.: “las empresas multinacionales son tan poderosas que es peligroso que se inmiscuyan en temas sociales y políticos, pero también lo es que solamente se dediquen a maximizar sus ganancias. En consecuencia, si entrando en temas sociales y políticos, tienen posibilidades ciertas de aumentar sus ganancias, simplemente lo harán”.¹² La preocupación por la actuación de las empresas transnacionales dio lugar a que, ya en la década de los setenta, organismos como la OIT y la OCDE se hubiese ocupado del tema.¹³

¹² https://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_social_corporativa

¹³ Declaración tripartita para las Empresas Multinacionales y la Política Social de 1977, revisada en 2000 y Líneas Directrices para las Empresa Multinacionales de 1976, revisada en 2000.

Wilfredo Sanguinetti hace agudas observaciones sobre cómo la ampliación de las facilidades para la circulación de las mercancías y los capitales, las transformaciones de las formas tradicionales de organización empresarial y el desarrollo tecnológico han hecho posible una ampliación más que considerable del poder de las empresas multinacionales y una disminución de sus responsabilidades. Dice así: “Mientras la creciente liberalización de los intercambios comerciales garantiza que sus productos” (los de las multinacionales) “puedan ser comercializados en cualquier lugar del mundo, con independencia de la sede en que fueron producidos, la adopción de una estructura en red, convenientemente articulada en torno a filiales, contratistas y proveedores jurídicamente independientes, permite a esas empresas disponer de los resultados del trabajo de diversos grupos de trabajadores sin mantener con ellos vínculo alguno, en tanto que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones hacen posible a la casa matriz mantener la coordinación global de los procesos de producción pese a su dispersión geográfica”¹⁴

Paradójicamente, las transnacionales son, al mismo tiempo que poderosas, especialmente vulnerables. Sanguinetti releva que el modelo empleado por las empresas multinacionales, “si, por un lado las desliga formalmente de los procesos de producción cuyo liderazgo asumen, por el otro lado incrementa su visibilidad ante los consumidores y la sociedad en general a través de las marcas, que operan como único distintivo de los productos que fabrican sus colaboradores por encargo suyo. Así las cosas, cualquier comportamiento de estos últimos que pueda ser considerado injusto, no ético, o socialmente inadecuado es capaz de tener repercusiones negativas, más que sobre la entidad que lo llevó a cabo, sobre el buen nombre de la empresa multinacional que utilizó sus servicios”¹⁵. Justamente la necesidad de controlar ese riesgo es uno de los principales motivos que impulsa a las empresas transnacionales a adoptar códigos de conducta y a exigir su cumplimiento, no solo a sus directivos y empleados, sino también a los directivos y empleados de sus socios, contratistas y proveedores en toda la cadena de producción.

¹⁴ Wilfredo Sanguinetti Raymond Derecho del Trabajo, Tendencias contemporáneas Editora y Librería Jurídica Grijley, Lima, 2013, p.349.

¹⁵ *Ibidem*, p. 350.

En la misma orientación, Arturo Bronstein señala que los códigos de conducta “fueron elaborados por las multinacionales en respuesta a las alegaciones de abusos cometidos por sus empresas filiales y proveedores en los países en desarrollo, y no es de extrañar que estuvieran en gran parte motivados por el temor de dichas empresas frente a las campañas internacionales contra productos que llevaran su marca. Con objeto de aliviar esta presión las multinacionales comenzaron a formular códigos de conducta en los que reafirmaban su compromiso con los derechos fundamentales de sus trabajadores. Quizás las multinacionales vieron tales códigos como el menor de dos males puesto que temían que la atención mediática hacia tales abusos pudiera despertar una mayor regulación gubernamental.”¹⁶

En general, los códigos de conducta constituyen una declaración unilateral, fundada en principios éticos, sociales y ambientalistas, mediante la cual las empresas, usual pero no necesariamente transnacionales, se comprometen a asumir ciertos compromisos en materia social y de protección al medio ambiente. Frecuentemente en los códigos se prevé que la empresa exigirá su cumplimiento, no solo a sus directivos y empleados, sino también a los directivos y empleados de sus socios, contratistas y proveedores en toda la cadena de producción, de manera que no podrán seguir formando parte de la misma si no observan los requerimientos de código de conducta.

El contenido de estos códigos es muy variable. Los primeros códigos, adoptados en la década de los noventa, eran declaraciones muy generales, contentiva de expresiones de contenido ético y en lo fundamental no eran sino parte de una estrategia de buena imagen empresarial. La evolución de estos instrumentos ha determinado que su contenido sea más concreto. Algunos códigos hacen énfasis en precisar el compromiso de la empresa de respetar derechos fundamentales del trabajador que son especificados en su texto. Otros dan preferencia a establecer compromisos de orden medio ambiental o de buena práctica gerencial. Cada vez es más frecuente que incluyan la exigencia de que los contratistas y proveedores, para poder continuar en la cadena de producción, den

¹⁶ Arturo Bronstein, *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo*, O.I.T., Plaza y Valdez Editores, Madrid, 2010, p.135 y 136.

cumplimiento al contenido del código y que establezcan mecanismos de control y verificación.

De especial interés es el tema de la eficacia o valor vinculante de estos instrumentos. En la medida en que los códigos de conducta son un producto del concepto de responsabilidad social empresarial, muchos analistas consideran que participan del voluntarismo que se suele postular como propio de ésta. De hecho, como lo señala Rosa María Amarató “tradicionalmente las multinacionales han sido proclives al discurso de la RSE bajo la percepción de que las estrategias en este campo no entrañaban la conformación de códigos vinculantes y obligatorios...” ... “tal es así que ningún código analizado contempla las consecuencias jurídicas aplicables en caso de una actuación empresarial desviada de los compromisos asumidos públicamente, negando por tanto que dichos documentos sean determinantes a los efectos de posibles exigencias de responsabilidad civil”¹⁷.

Pero ya hemos visto que la naturaleza voluntaria de la responsabilidad social empresarial ha sido objeto de cuestionamientos. En consecuencia, también lo ha sido el carácter no vinculante atribuido a los códigos de conducta. Morato García apunta que “de la libre decisión de ser socialmente responsable se derivan ciertos efectos vinculantes, pues la empresa no dispone de una absoluta discrecionalidad para llevar a la práctica lo dispuesto en el código o desentenderse de lo allí contenido”, para continuar diciendo “Apoya también el valor jurídico de estas disposiciones la doctrina de los actos propios, mientras que una autorizada doctrina se ha manifestado favorable a considerar que cuando de tales cláusulas quepa extraer la voluntad inequívoca de conceder una mejora o un beneficio, al menos durante el período de vigencia del código de conducta, habrán de considerarse derechos adquiridos, libremente reconocidos, cuya repercusión jurídica ha de quedar fuera de toda duda”¹⁸. En la misma orientación Luis Enrique De La Villa cuestiona la posición de la empresa que “quiere ser la dueña de sus “responsabilidades sociales” adquiridas, para poder removerlas cuando lo considere

¹⁷ Rosa María Morato García, *Códigos de Comportamiento para Directivos y Trabajadores de la Empresa Multinacional en La Dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*, Ediciones Ciinca, Madrid, 2014, p.148.

¹⁸ *Ibídem*, p. 150.

conveniente o necesario, modificando libremente aquellas o suprimiéndolas incluso”¹⁹.

Un argumento frecuentemente empleado para sostener la naturaleza no vinculante de estos instrumentos es el de su carácter unilateral: no emanan de un acuerdo de voluntades, como el propio de los contratos, sino de la voluntad unilateral de la empresa. Por tanto, los trabajadores son terceros que no tienen derecho a exigir el cumplimiento de esa autorregulación de la conducta.

A mi juicio este argumento es inadecuado. En derecho, si una persona manifiesta su voluntad de obligarse a cumplir una prestación, tal manifestación genera una obligación cuyo cumplimiento es exigible por quien pueda tener interés. Así, si un empleador, por declaración unilateral, manifiesta que va a establecer un programa de jubilaciones para los trabajadores de su empresa, éstos tienen derecho a exigir el cumplimiento de tal programa, así no se haya generado mediante un acuerdo convencional entre el empleador y sus trabajadores.

A mi juicio, el criterio que postula el carácter no vinculante de los códigos de conducta fundamentándose en su carácter unilateral no toma en cuenta importantes aportes modernos de la teoría general de las obligaciones y, en particular, a la teoría del negocio jurídico.

La doctrina civil más generalizada, al analizar las fuentes de las obligaciones, incluye entre las mismas a la manifestación unilateral de voluntad. Para Jossierand la primera fuente de las obligaciones son los actos jurídicos, que pueden ser un acuerdo de voluntades, una convención o un acto unilateral, “más exactamente, un acto de formación unilateral, un compromiso tomado aisladamente, fuera de la voluntad del acreedor y aun ignorándolo éste”²⁰.

Los negocios jurídicos que, según Emilio Betti, son la manifestación suprema de la autonomía privada, a los cuales el Derecho le atribuye el nacimiento, la modificación o extinción de relaciones jurídicas entre particulares, pueden ser unilaterales o bilaterales según que resulte

¹⁹ Luis Enrique de La Villa, Acerca de la responsabilidad social corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2008, núm. 16, pág. 2.

²⁰ Louis Jossierand, *Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, Tomo, II, Vol. I, p.13.

de una o dos o más declaraciones de voluntad. Para Betti *parte* del negocio no sólo es aquella persona a quien es atribuible la forma del negocio (la declaración) *sino también aquella persona a quien concierne también el contenido del acto, la significación que ostenta de una autoreglamentación de intereses privados*²¹.

Los códigos de conducta podrían considerarse como negocios jurídicos unilaterales, porque se generan como una manifestación de autonomía privada emanada de una sola parte, el empleador, que crea derechos subjetivos para los trabajadores, por su sola voluntad, y que luego no puede modificar unilateralmente en virtud del principio de la conservación de la condición más beneficiosa.

Otra cosa es que, en algunos, casos el contenido del Código puede ser tan vago y abstracto que en la práctica presenta dificultades para que proceda una acción para exigir su cumplimiento concreto. Pero, aún en esos casos, el texto del Código podría ser útil para ayudar al juez a precisar si el empleador ha cumplido con el deber de buena fe implícito en el contrato de trabajo. Ya hemos visto la importancia del principio de buena fe y del concepto del “buen padre de familia”. Si en el código de conducta el empleador expresa determinados patrones de conducta que “sugiere” como adecuados y aconsejables para el desempeño de sus actividades, es decir las enuncia sin darles expresamente un carácter vinculante, no obstante ello, su declaración le está dando un contenido más preciso al paradigma del “bonus pater familias” que está obligado a seguir en su papel de patrono. En consecuencia, en un caso concreto en el cual se esté exigiendo la aplicación de un código de conducta concebido en esos términos muy generales, puede el juez concluir que un patrono que haya actuado en desmedro de los enunciados del código de conducta que el mismo ha elaborado o al cual se ha adherido, pues también puede éste ser el caso, no está actuando de buena fe y se está alejando del mencionado paradigma conductual. Así, el juez puede dictar una sentencia condenatoria, a la cual tal vez le hubiera sido difícil llegar sin este fundamento.

²¹ Emilio Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1.959, p. 46.

En todo caso, los instrumentos más recientes establecen que su contenido debe ser respetado no sólo por la empresa que lo estipula, sino por todos sus socios en la cadena de producción, previéndose, en algunos casos, la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento. Esta modalidad determina que, más allá de la discusión acerca de si establece obligaciones vinculantes entre el empresario como empleador y sus trabajadores, el código de conducta adopta una naturaleza vinculante de orden contractual entre los sujetos que participan de la cadena.

Es de señalar que los recientes códigos que Valdés Dal-ré llama de “segunda generación”²² incluyen diversas modalidades de control y seguimiento que han favorecido el tema de su eficacia, aun cuando se puede señalar que, en muchos de los casos, la eficiencia de estas modalidades se encuentra limitada por el hecho que el control no es llevado a cabo por terceros independientes sino por las propias empresas autoras o adherentes al código. Otra circunstancia limitante de la eficiencia de estos instrumentos de auto regulación es su escasa difusión, especialmente en los países en desarrollo en los cuales las transnacionales ejercen su actividad

En la orientación de profundizar la eficacia de los códigos de conducta se han establecido mecanismos de control y seguimiento, algunos por los propios códigos y otros por organismos internacionales u ONG, a cuyas instancias de control se adhieren las empresas que formulan los códigos. Entre estos mecanismos uno de los más difundidos es el denominado etiquetado social, mediante el cual algunas ONG o agencias de verificación especializadas en el tema, conceden a las empresas que logren demostrar el cumplimiento de ciertos parámetros de conducta, bien sean normas internacionales del trabajo o las denominadas normas ISO²³ o la norma SA.8000,²⁴ las pautas de la Fair Labor

²² Fernando Valdés Dal-ré, *Soft Law, Derecho del trabajo y orden económico globalizado en Relaciones Laborales*, 2005, Vol I, p. 90.

²³ El ISO 9000 es un conjunto de normas sobre calidad y gestión establecidas por la Organización Internacional de Normalización. Existe además el ISO 14000 en materia ambiental, en materia social existe el ISO 2600.

²⁴ Segunda edición de normas desarrolladas por Social Accountability International (SAI) and Council on Economic Priorities Accreditation Agency (CEPAA) de Estados Unidos, <http://www.ssqmi.com/SA.html>

Asociación²⁵, el derecho a portar en sus productos, marcas, signos o emblemas que certifiquen tal cumplimiento.

Por último, podemos señalar que la evolución reciente de las tendencias de responsabilidad social empresarial ha dado lugar al desarrollo de otros instrumentos que pretenden superar las limitaciones propias de los códigos de conducta. Se trata de los acuerdos marcos internacionales y de los programas internacionales de responsabilidad social corporativa, cuyo análisis excede los límites del presente trabajo.²⁶

Los más recientes análisis sobre el papel de los códigos de conducta en las relaciones laborales, reconocen su utilidad, no obstante las limitaciones que le son propias. Oscar Ermida Uriarte, quien, como hemos visto, sostiene una posición reservada frente al concepto de responsabilidad empresarial, concluye que “no deben minimizarse los efectos que estos códigos voluntarios podrían llegar a tener, sea como impulsores de normas futuras o como inductores de determinadas conductas. Y corresponde agregar aquí que también pueden ser relevantes los mecanismos de evaluación, seguimiento o aplicación eventualmente previstos en los propios códigos de conducta, aunque en general, cuando existen, no están suficientemente desarrollados.”²⁷

Sanguinetti destaca como tales instrumentos pueden contribuir a “una función de ordenación de las relaciones de trabajo que es capaz de proyectarse hacia todas las empresas, directivos y trabajadores que integran sus redes de filiales, empresas auxiliares y colaboradores externos, sin importar el país donde operen o la clase de vínculo que mantengan con ellas. Un efecto horizontal más allá de las barreras jurídicas y territoriales del que, al menos de momento, no sólo carecen las normas laborales nacionales sino incluso la de carácter internacional.”²⁸

²⁵ Sobre la FLA, véase punto 6 del presente trabajo. www.fairlabor.orgwww

²⁶ En relación a este tema puede verse, entre otros, Fernando Valdez Dal-re, ob.cit en nota 23; Antonio. BAYLOS GRAU, “Los acuerdos-marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva”, *Revista de Derecho Social*, 2004, núm. 28, págs. 194-195; Wilfredo Sanguinetti Raymonde. Y varios autores en Ob. Cit. En la nota 10; Arturo Bronstein, ob. Cit. En la nota 17, pp. 132 y ss.; OIT, T: www.ilo.org/global/aboaout-the-ilo/newsroom/news/WCMS/080725/lang--es/index.htm.

²⁷ Ob. Cit. En la nota 11, p. 16.

²⁸ Ob. Cit. En la nota 10, p.10.

5. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA EN AMÉRICA LATINA.

Los códigos de conducta existentes en América Latina son, en general, formulados por empresas multinacionales extranjeras, estadounidenses o europeas, ya que la formulación de códigos de conducta no es una práctica muy usual entre las empresas latinoamericanas.

Tales instrumentos presentan una gran variedad de contenidos. La mayoría de ellos consisten en declaraciones generales contentivas de un compromiso ético formulado por las empresas como orientadoras de su propia conducta en la sociedad. En algunos códigos, las empresas que lo estipulan se comprometen a exigir a las empresas con quienes mantienen relaciones comerciales (proveedores, distribuidores, contratistas, etc.) que asuman el compromiso ético establecido en el código. En algunos casos, la no adhesión de estos socios comerciales a los mandatos éticos del código, da lugar a sanciones como pudiera ser su exclusión de la red de producción.

En otros códigos, que no son la mayoría, el compromiso ético comprende a directivos y trabajadores de la empresa, con lo cual llegan a constituir una regla aplicable a las relaciones intra empresariales, repercutiendo, de manera más o menos relevante, según el texto respectivo, en las relaciones laborales entre el titular de la empresa, el empresario o empleador y sus trabajadores. Son estos instrumentos los que más interés tienen para nuestra disciplina, siendo de señalar que el impacto de los mismos puede estar referido, no sólo a las empresas que formulan el código de conducta, sino a aquellas empresas pertenecientes a la red de producción, cuya adhesión les es exigida por la empresa principal, es decir aquella que estipuló el código.

Veamos algunos ejemplos en el ámbito latinoamericano.

El código de conducta de la Pepsi cola es una muestra de lo Ermida considera como producto de una “estrategia comercial de imagen”²⁹. Dice así: “Nuestro Código, junto con las políticas de nuestra compañía, le dan la información necesaria para realizar su trabajo con ética. Es su responsabilidad conocer y cumplir con las políticas aplicables al trabajo

²⁹ Ob. cit. en la nota 11. p.11.

que usted realiza y a las decisiones que toma.” Agrega: “mientras que todos los empleados tienen la responsabilidad de actuar en forma ética, cada gerente y director de PepsiCo tienen la gran responsabilidad de poner el ejemplo. Esperamos que nuestros directores y gerentes sirvan de modelos positivos a seguir y que inspiren a los demás para que adopten nuestro Código.”

En cuarenta páginas el instrumento formula orientaciones éticas exigidas a los trabajadores de la empresa, pero no exige ningún tipo de conducta ética a la empresa en relación a sus trabajadores. Lo que es más, de manera explícita afirma: “Nuestro Código no es un Contrato. No confiere ningún derecho laboral específico ni tampoco garantiza la duración de la relación laboral durante un plazo específico.”³⁰

En el mismo sentido el código de conducta de Coca Cola establece normas de comportamiento de los empleados de la empresa a los que impone actuar con integridad para salvaguardar los intereses y la imagen de la misma³¹.

Igual orientación, incluso con una unilateralidad más radical, muestra el código de conducta de la productora de vidrios Owen Illinois: “el código describe las responsabilidades legales y éticas que se espera que cumplan todos los empleados de O.I. El código es una guía y un recurso cuyo propósito es ayudar a los empleados a comprender problemas legales y éticos significativos que pueden surgir durante la realización de sus responsabilidades laborales o de negocios de o-i.”. De una manera contundente se deja claro el carácter unilateral del Código, el cual crea derechos únicamente al empleador y no a los trabajadores, a los cuales se obliga a su cumplimiento: “este código no crea un contrato de empleo con cualquier individuo. Nada de lo contenido en el código se debe interpretar como una promesa de ningún tipo o la creación de un contrato relativo a salarios o cualquier otra condición de trabajo. Los empleados tienen el derecho a terminar su empleo en cualquier momento por cualquier motivo, sujeto a cualquier contrato de

³⁰ Código de Conducta de Pepsicola. http://www.pepsico.com.mx/Download/CodeOfConduct/LatinAmericanSpanish_ESLA.pdf

³¹ Código de Conducta de Coca Cola. www.coca-colacompany.com/investors/code-of-business-conduct-spanish.

empleo por escrito. Del mismo modo, sujeto a cualquier ley aplicable y contrato de empleo por escrito, o-i tiene el derecho a despedir o aplicar medidas disciplinarias a cualquier empleado con o sin una causa justa o advertencia previa por escrito. o-i se reserva el derecho a modificar, complementar o interrumpir este código y las materias que este trata, sin previo aviso y en cualquier momento.”³²

La evolución del concepto de responsabilidad social empresarial ha dado lugar a la formulación de códigos de conducta que, con mayor o menor intensidad, tienen incidencia laboral, pues establecen normas de comportamiento ético aplicables a la relación de las empresas con sus trabajadores.

Así, el Código de Conducta de Mac Donald, además de normas sobre la ética en los negocios, con la comunidad y la preocupación por el ambiente, contiene algunas especificaciones que rigen las relaciones con los empleados entre los cuales destacan: el respeto a los derechos humanos y las leyes, la protección contra las represalias, el respeto y dignidad a las personas de los trabajadores, con especial referencia a evitar cualquier forma de hostigamiento, la igualdad de oportunidades y la seguridad en el trabajo³³.

El código de Conducta de la empresa Symantec, líder mundial en seguridad, almacenamiento y administración de sistemas, contiene, además de distintos aspectos de naturaleza ética empresarial, dos capítulos específicamente laborales. El numerado 1.1, denominado “**Política de empleo justo**” señala que “Symantec brinda igualdad de oportunidades de empleo y toma de decisiones en materia laboral en función del mérito, la experiencia y el potencial de las personas; sin discriminarlas por razón de su raza, color, género, identidad de género, inclinación sexual, nación de origen, ancestros, religión, discapacidad mental o física, edad, condición de ex combatiente o cualquier otra característica protegida por la legislación aplicable. Symantec muestra su compromiso con el mantenimiento de un entorno de trabajo sin discriminación ni acoso.”

³² Código de Conducta de Owen Illinois, http://www.oi.com/uploadedFiles/Content/Stacked_Content/Global%2520Code%2520of%2520Business%2520Conduct%2520and%2520Ethics-Spanish.pdf

³³ Código de Conducta de Mac Donalds. <http://216.139.227.101/interactive/mcd2008stan-sarssp.pdf>

El código remite a las pautas y políticas para el personal de Symantec disponibles en línea en la sección de Recursos Humanos, que incluyen la política contra el acoso y la discriminación, la política de diversidad y conciencia, y la política de empleo igualitario, las cuales podrían ser consideradas como anexas al código.

El numerado 1.4., denominado “Salud y seguridad en el trabajo” establece que “Todos los empleados deben acatar las leyes aplicables y las políticas de Symantec para promover un lugar de trabajo seguro, sin riesgos ni lesiones.” Remite a las políticas corporativas de seguridad de Symantec disponibles en el sitio de intranet sobre seguridad global, las cuales podrían ser consideradas como anexas al código. Además, el código dice que Symantec respalda el United Nations Global Pact y la protección de los derechos humanos y estándares laborales proclamados internacionalmente.

Entre las conductas que deben evitarse, el código de Symantec señala algunas que tienen que ver con la discriminación laboral, el acoso en el trabajo, la violación de las leyes laborales locales, el no acatamiento de las normativas de salud, seguridad y medio ambiente.³⁴

El código de conducta de la empresa de riego Netafim incluye normas que prohíben el acoso sexual y protegen a los trabajadores contra el mismo, que establecen el respeto a la privacidad de la información personal de los empleados y garantizan el carácter confidencial de la misma, que limitan los sistemas de control y revisión a los trabajadores, que crean el compromiso de “mantener el más alto nivel de estándares de salud, seguridad y medioambiente para proteger la vida y el buen estado de salud de nuestros empleados” y prohíben el empleo de conducta violenta o amenazadora durante el trabajo en las instalaciones de Netafim o fuera de éstas.³⁵

El Código de Conducta de Ford es mucho más concreto al garantizar un lugar de trabajo que no tolera el acoso o la discriminación; un entorno laboral que cumple o supera los estándares aplicables de seguridad y salud en el trabajo; compensaciones y horario laboral conforma a las leyes, respeto del derecho de los empleados a asociarse libremente

³⁴ Código de Conducta de Symantec, www.symantec.com

³⁵ Código de Conducta de Netafim, <http://www.netafim-latinamerica.com/>

y realizar negociaciones colectivas y la condena del uso de mano de obra infantil y forzada.³⁶

Al formular su código de conducta, la empresa Transportes Bolívar ratifica su adhesión al Pacto Global de las Naciones Unidas y establece pautas de conducta, alguna de las cuales están especialmente relacionadas con el tema laboral.

Así, en el punto 2 del código, relativo a los derechos humanos, se establece: “Toda actuación de Transportes Bolívar así como de sus empleados guardará un respeto escrupuloso de los Derechos Humanos y Libertades Públicas incluidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por lo mismo, bajo ninguna circunstancias se infringirán los derechos humanos básicos relativos a la vida, la libertad y la seguridad. De ninguna manera se ejercerán conductas severas o inhumanas contra los trabajadores, incluidos el acoso sexual, el abuso sexual, el castigo físico, la coacción psíquica o física y el abuso verbal de los trabajadores.

En el punto 5 se establece el respeto a la dignidad de los empleados, a la no discriminación y a los derechos colectivos de los trabajadores: “Creemos firmemente que las relaciones con los empleados deben basarse en la confianza mutua, así como en el respeto y el reconocimiento explícito de la dignidad de todos los empleados, en tanto colaboradores y personas humanas. No se discriminará a los empleados por razones de raza, sexo, **edad**, religión o ninguna otra condición ajena a su capacidad profesional. Asimismo, seremos respetuosos del derecho a la libre asociación, organización y negociación colectiva, dentro del marco legal vigente.

En el punto 6 se hace referencia, en términos muy concretos, a la prohibición del trabajo infantil: “Transportes Bolívar no acepta ni tolera bajo ningún concepto el uso de mano de obra infantil (menor de 15 años). De igual manera, bajo ninguna circunstancia podrá contratarse mano de obra infantil en ninguna de las instalaciones u operaciones de Bolívar. Por otra parte, rechazaremos todo producto o servicio provisto por un tercero si tenemos conocimiento de que dicho bien o servicio fue realizado mediante el empleo de mano de obra infantil. Asimismo,

³⁶ Código de Conducta de Ford, http://www.fcs,Ford/coc/pdf/coc_spanish.pdf

Transportes Bolívar no promueve ni hará uso de mano de obra juvenil (menor de 18 años), pero acepta que Terceros lo puedan hacer, siempre y cuando dicha práctica no vulnere lo aceptable, en lo que dice relación con la edad mínima y las peores formas de trabajo.”³⁷

Por último, podemos mencionar, con una orientación totalmente diferente a los de Pepsi cola, Coca Cola y Owen Illinois, el código de conducta de la Fair Labor Association, (FLA), organización cuyo objetivo declarado es combinar los esfuerzos de la industria, las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones universitarias para proteger los derechos de los trabajadores y mejorar sus condiciones de trabajo promoviendo la adhesión a las normas internacionales del trabajo.

Esta organización, que agrupa importantes empresas transnacionales, formuló un código de conducta que, a diferencia de los reseñados en primer lugar, impone a las empresas adherentes la obligación de observar un comportamiento ético en protección de los derechos de los trabajadores.

Entre otros aspectos, el código de conducta de la FLA regula la no discriminación, el acoso laboral y sexual, el trabajo forzoso, el trabajo de menores, la libertad de asociación y negociación colectiva, la salud seguridad y medio ambiente, la jornada de trabajo, el salario etc. La regulación está inspirada fundamentalmente en las normas de la Organización Internacional del Trabajo y en buenas prácticas laborales reconocidas. El código no sólo impone obligaciones concretas a las empresas afiliadas, que éstas a su vez deben trasladar a las empresas que participan en su red de producción, sino que establece un sistema de monitoreo de su cumplimiento.

Este código de conducta supone un avance notable en cuanto a la concepción y a la eficacia de la responsabilidad social empresarial.³⁸

Es de señalar que la incidencia de un código de conducta empresarial en el mantenimiento de unas relaciones laborales justas tiene que ver no sólo con el texto más o menos avanzado del código, sino también con los mecanismos previstos para controlar su aplicación. Ya hemos

³⁷ Código de Conducta de Transportes Bolívar, <http://www.bolivar.cl/wp-content/uploads/2012/04/C%C3%B3digo-de-Conducta-Empresarial-Transportes-Bolivar.pdf>

³⁸ Código de Conducta de FLA, www.fairlabor.orgwww

visto que algunos códigos (caso FLA) establecen sistemas de monitoreo para supervisar su cumplimiento. Estos mecanismos son más eficientes cuando son llevados a cabo por organizaciones externas y no por la misma empresa que formuló el código.

Ermida refiere el caso de Brasil, en donde el Observatorio Social de la Central Única de Trabajadores (CUT), hace un seguimiento del comportamiento de determinadas empresas multinacionales que adoptaron códigos de conducta unilaterales. Las pesquisas se realizan, según los casos, con o sin la autorización de la empresa y se publican los resultados.³⁹

6. CONCLUSIONES.

PRIMERA: El Derecho del Trabajo se fundamenta en consideraciones éticas que dan al trabajo del hombre un valor que va más allá de ser un factor de producción y que, en consecuencia de ello, reclaman para el trabajador un tratamiento acorde con su dignidad personal y con las exigencias de la justicia social.

SEGUNDA: Si en la concepción vital del empresario el confort y el enriquecimiento son sus valores fundamentales, no tendrá reparo en regatear a sus trabajadores el justo valor de su trabajo, pues el ahorro que así obtiene, aun cuando cuestionable desde el punto de vista ético, le permitirá incrementar su nivel de lujo y riqueza. Si por el contrario, si el empresario tiene una concepción ética de la empresa y de la economía, se esforzará en lograr que su legítimo afán de lucro no vaya en desmedro del también legítimo derecho del trabajador a un trabajo digno y suficientemente remunerado. Este equilibrio entre LUCRO y ética laboral es uno de los principales desafíos del empresario contemporáneo.

TERCERA: la exigencia de buena fe en el contrato de trabajo es establecida en las diversas legislaciones y ha sido considerada por la doctrina como un principio del Derecho del Trabajo. El desarrollo de las ciencias sociales ha llevado a considerar las obligaciones del empleador, no solo en el contexto de la relación laboral que mantiene con sus trabajadores, ya sean éstas reguladas por un contrato individual o

³⁹ Ob. Cit. Nota 11, p. 17.

por una convención colectiva, sino dentro de la perspectiva más amplia de su papel dentro de la sociedad. El empresario, como titular de la empresa y propietario de los medios de producción, es un partícipe privilegiado de la riqueza de la sociedad. De allí que le sea exigible una especial responsabilidad frente a la sociedad en la cual convive con tales ciudadanos. Bajo estas premisas, a partir de finales del Siglo XX se ha formulado el concepto de responsabilidad social empresarial, que supone que las empresas deben ir más allá del simple cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, sino que deben comprometerse con programas destinados al bienestar social y ambiental dentro de un desarrollo sustentable.

CUARTA: Dentro del marco conceptual de la responsabilidad social empresarial se han venido desarrollando instrumentos de auto regulación de la actividad empresarial comúnmente conocidos como “códigos de conducta”. En la mayoría de los casos, estos códigos han sido formulados por empresas transnacionales, las cuales suelen tener especial cuidado por mantener el prestigio de sus marcas, muchas veces vulnerados por conductas de otras empresas que forman parte de su red comercial. Por ello, las empresas que formulan los códigos, no sólo se obligan a cumplir sus mandatos, sino que suelen exigir igual cumplimientos a sus “socios” en la red comercial. El contenido de estos códigos es muy variable, van desde declaraciones muy generales, contentiva de expresiones de contenido ético y en lo fundamental no eran sino parte de una estrategia de buena imagen empresarial, hasta instrumentos con contenido más concreto, de los cuales se desprende la obligación empresarial de respetar ciertos derechos fundamentales del trabajador.

QUINTA: Se ha discutido sobre el tema de la eficacia o valor vinculante de los códigos de conducta empresarial. Algunos analistas sostienen que, dado su carácter unilateral y voluntario, los códigos de conducta no generan obligaciones cuyo cumplimiento pueda ser jurídicamente exigido a las empresas que lo formularon. A mi juicio este argumento es inadecuado. En derecho, si una persona manifiesta su voluntad de obligarse a cumplir una prestación, tal manifestación genera una obligación cuyo cumplimiento es exigible por quien pueda tener interés. La teoría general de las obligaciones, al analizar las fuentes

de las mismas, incluye entre ellas a la manifestación unilateral de voluntad. Los códigos de conducta pueden considerarse como negocios jurídicos unilaterales, porque se generan como una manifestación de autonomía privada emanada de una sola parte, el empleador, que crea derechos subjetivos para los trabajadores, por su sola voluntad, y que luego no puede modificar unilateralmente. Aún en los casos en que el contenido del Código sea tan vago y abstracto que en la práctica presenta dificultades para que proceda una acción para exigir su cumplimiento concreto, el texto del Código puede ser útil para ayudar al juez a precisar si el empleador ha cumplido con el deber de buena fe implícito en el contrato de trabajo.

SEXTA: Los más recientes análisis sobre el papel de los códigos de conducta en las relaciones laborales, reconocen su utilidad, no obstante las limitaciones que le son propias. Los mismos pueden ser útiles bien sea como impulsores de normas futuras o como inductores de determinadas conductas. Pueden contribuir a promover una regulación que se puede proyectar e hacia todas las empresas, directivos y trabajadores de la red comercial de la empresa que formuló el código, sin importar el país donde operen o la clase de vínculo que mantengan con ellas.

SÉPTIMA: Los códigos de conducta existentes en América Latina son, en general, formulados por empresas multinacionales extranjeras, estadounidenses o europeas, ya que la formulación de códigos de conducta no es una práctica muy usual entre las empresas latinoamericanas.

Tales instrumentos presentan una gran variedad de contenidos. Algunos de ellos responden simplemente a una estrategia comercial de imagen, como los Pepsi Cola, Coca Cola y el de Owen Illinois. Los mismos no confieren ningún derecho laboral específico, ni garantizan la estabilidad de los trabajadores.

La evolución del concepto de responsabilidad social empresarial ha dado lugar a la formulación de códigos de conducta que, con mayor o menor intensidad, tienen incidencia laboral, pues establecen normas de comportamiento ético aplicables a la relación de las empresas con sus trabajadores. Entre ellos, el que comporta un avance más notable en cuanto a la concepción y a la eficacia de la responsabilidad social

empresarial, es el código de la Fair Labor Asociation que impone a las empresas adherentes la obligación de observar un comportamiento ético en protección de los derechos de los trabajadores y de exigir su cumplimiento a las empresas que participan de su red de producción. Este código regula de una manera bastante precisa importantes aspectos laborales, para lo cual se inspira fundamentalmente en las normas de la Organización Internacional del Trabajo y en buenas prácticas laborales reconocidas. Este código establece un sistema de monitoreo de su cumplimiento.

EL DERECHO URBANÍSTICO EN VENEZUELA (1946-2018). SIETE DÉCADAS DE SU AUGE Y DECONSTRUCCIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA CLIMÉTRICA EMILIO J. URBINA MENDOZA * .

SUMARIO

I. A manera de introducción: Derecho y Urbanismo en Venezuela. Una ecuación marcada por la paradoja. II. La historicidad del Derecho urbanístico venezolano: Ensayo de una cliometría sofocada del régimen legal-urbanístico tras 70 años de incongruencias. 1. Hacia la concreción de una cliometría del régimen jurídico del urbanismo venezolano y su nueva transición hacia un Derecho urbanístico patrio. 1.1. Primer impulso urbanizador estatal tecnificado (1946-1957). 1.1.1. La expropiación por causa de utilidad pública o social. 1.1.2. La introducción de ordenanzas sobre urbanismo superando el concepto clásico de edificación. 1.1.3. Distribución contemporánea de las competencias en ordenación urbanística. 1.2. La estrategia reglamentaria centralizadora (1958-1982). 1.2.1. La estrategia reglamentaria nacional: una transitoriedad que se transformó en carácter definitiva. 1.2.1.1. Reglamentos e instructivos presidenciales. 1.2.1.2. Resoluciones ministeriales. 1.2.2. La ejecución urbanística a través de la descentralización funcional o institucional. 1.2.3. El inicio de los estudios especializados en ordenación urbanística. 1.3. El Plan urbanístico como instrumento rector fundamental de normatividad urbanística (1983-2001). 1.3.1. La Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística y la formación del Derecho Urbanístico del Plan. 1.3.1.1. Las Variables Urbanas Fundamentales. 1.3.1.2. El procedimiento administrativo urbanístico común: el fin del permiso de construcción. 1.3.2. Renovación doctrinal y jurisprudencial: el desarrollo de una jurisprudencia urbanística pionera en América Latina. 1.3.3. La descentralización político-administrativa y el reimpulso de los Planes de Desarrollo Urbano Local (PDUL). 1.4. La popularización horizontalista de los planes y normas urbanísticas (2002-2010). 1.4.1. El Decreto presidencial nº 1.666 de 2002: el inicio del proceso de desmontaje del Derecho urbanístico del Plan y los esbozos del "urbanismo popular". 1.4.2. La nueva organización del desgobierno urbanístico venezolano: la avalancha asfixiante de leyes con incidencia urbanística. 1.4.2.1. Leyes urbanísticas y de ordenación territorial que no entran en vigencia, derogando el régimen formal de la LOOU y LOOT. 1.4.2.2. El asentamiento urbano popular Vs. el urbanismo formal. El fin de la ciudad por el concepto unitario de vivienda o de cómo se construye un erróneo urbanismo del "poder popular". La incongruencia de la Carta del Barrio. 1.4.2.3. El Comité de Tierras

* Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto. Profesor de postgrado de la UCAB.

como sustituto al Catastro Municipal y la erradicación de la propiedad privada por la propiedad familiar. 1.4.3. La paradoja ambiental en el urbanismo venezolano y la concreción jurisprudencial del sistema objetivo de responsabilidad urbanística. Adiós a la Responsabilidad decenal del artículo 1637 del Código Civil. 1.4.3.1. La nueva responsabilidad urbanística delineada por la Sala Constitucional del TSJ. 1.5. La atomización y normatividad portátil de voluntarismo popular (2011-). 1.5.1. Las áreas vitales de Vivienda y el desmoronamiento de la ordenación territorial y urbanística. El desconocimiento de las competencias constitucionales de planificación y control urbano de los Municipios. 1.5.2. Las misiones como forma de implementar arbitrariamente el nuevo urbanismo portátil. La Gran Misión Vivienda Venezuela y la Misión Barrio Nuevo, Barrio Tricolor. 1.5.3. La transformación inconstitucional del concepto de equipamiento urbano en escala de regionalización y la deshumanización del hábitat urbano. 1.5.4. Los cambios arbitrarios y populistas de zonificación o de uso por la Presidencia de la República. 1.5.5. El fin del procedimiento administrativo urbanístico y el retorno al oscurantismo del "Permiso de Construcción". III. A manera de conclusión: El reto por la reconstrucción de un Derecho urbanístico venezolano. Desafíos de cara al 2025.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: DERECHO Y URBANISMO EN VENEZUELA. UNA ECUACIÓN MARCADA POR LA PARADOJA

Noviembre 2007. Exactamente hace una década. Venezuela era sometida al proceso de reforma constitucional para fundamentar la perversión ideológica de la *sociedad levantisca*¹, que devendría en la abstracción operativa² conocida como poder popular. De forma inexplicable, dentro de esa fruslería pseudoconstitucional, se abordó como cliché <<transfigurativo>> la secular paradoja de nuestro régimen jurídico-urbanístico: *poseer reglas infinitas pero carecer de un Derecho urbanístico*. Antífrasis que si bien ha mutado en los últimos años, siempre se ha circunscrito a la existencia de un copioso e inconexo compendio de reglas (legales y sublegales, nacionales y municipales), jurisprudencia y doctrina científica avanzada; pero, taladrantemente carente de un

¹ Sobre el particular, véase URBINA MENDOZA, EMILIO. “La influencia de la voluntad popular sobre la interpretación constitucional judicial en Venezuela: ¿Abuso de los conceptos jurídicos indeterminados?. En: *Estudios de Deusto*. Bilbao, Universidad de Deusto, Vol. 58/2, julio-diciembre 2010, pp. 363-375.

² Por abstracción operativa entendemos como la aplicación en términos pragmáticos del núcleo <<duro>> de un concepto o institución. En este caso, para lo referido a la organización socio-constitucional de la Venezuela Urbana, la denominada “participación ciudadana” como operacionalización de la teoría jurídica de la voluntad general (Rousseau), termina debilitando la voluntad individual del ciudadano en la medida que paradójicamente los asuntos propios de la vida local terminan por alejarse de su círculo de influencia inmediata, no tanto en el plano material, sino en la capacidad de la élite política que gobierna para deformar o manipular dicha voluntad general. Por ejemplo, lo que en 1990 se podría haber realizado con una Asociación de Vecinos, ahora requiere el visto bueno de un Consejo Comunal o Comuna “adecuada a la ley”. Y esa adecuación implica no sólo el mero trámite registral que se exige para las asociaciones civiles (vecinos), sino de una suerte de autorizaciones y demás requerimientos del Ministerio de Comunas, es decir, de una oficina burocrática de la Administración Central. Para más detalles, véase GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Derecho administrativo español*. Pamplona, EUNSA, 1995, pp. 84-86.

sistema racional y operativo que lo incardine dentro del concepto conocido en occidente como DERECHO URBANÍSTICO³.

Podrá el lector cuestionarse las razones para que traigamos a colación la fallida reforma. Sin embargo, de manera insólita, el artículo 18 ejusdem contempló lo siguiente:

El Estado Venezolano desarrollará una política integral, para articular un **sistema nacional de ciudades**, estructurando lógicamente y razonablemente las relaciones entre las ciudades y sus territorios asociados y uniendo y sustentando las escalas locales y regionales en la visión sistémica del país.

A tales efectos, el Estado enfrentará toda acción especulativa respecto a la renta de la tierra, los desequilibrios económicos, las asimetrías en la dotación de servicios e infraestructura, así como sobre las condiciones de accesibilidad, físicas y económicas, de cada uno de los componentes del citado sistema nacional de ciudades.

Todos los ciudadanos y todas las ciudadanas, sin discriminación de género, edad, etnia, orientación política y religiosa o condición social, disfrutarán y serán titulares del **Derecho a la Ciudad**, y ese derecho debe entenderse como el beneficio equitativo que perciba, cada uno de los habitantes, conforme al rol estratégico que la ciudad articula, tanto en el contexto urbano regional como en el Sistema Nacional de Ciudades. (Negrillas nuestras).

Sin entrar en valoraciones sobre lo que implicó el basilisco proceso reformista⁴, el texto rescató dos conceptos cardinales inadvertidos en

³ Por Derecho urbanístico entendemos “(...) *el conjunto de reglas a través de las cuales la Administración, en nombre de la utilidad pública, y los titulares del derecho de propiedad, en nombre de la defensa de los intereses privados, deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vistas a la ordenación del territorio* (...) CARCELLER FERNÁNDEZ, ANTONIO. *Instituciones de Derecho Urbanístico*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1992, pp. 24-25. El profesor ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA sugiere que las bases para un Derecho urbanístico comienza en concebir las claves para la lectura jurídica de la ciudad. Véase *Fundamentos de Derecho Urbanístico: una aproximación jurídica a la ciudad*. Caracas, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2010, pp. 115-117.

⁴ Para más detalles, véase BREWER-CARIAS, ALLAN R. *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007)*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007. También del mismo autor *Estado totalitario y desprecio a la ley*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 302-309.

Venezuela, tan importantes como para dejarlos a un lado al momento de echar los cimientos de nuestro Derecho urbanístico. Su asimilación, más allá que fueran presentados en un momento y documento político inadecuado, es imprescindible para fundar las bases del Derecho urbanístico con predicado *venezolano* en lo que resta de la presente centuria.

Veamos los conceptos. Primero, la importancia de concebir el territorio ocupado por las ciudades dentro de un <<Sistema Nacional>>, que quizá, tenga antecedentes en algunos preceptos de la señera Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 (en adelante LOOT); busca reconocer la *geopolítica de interconexión* a la que se refiere la ciencia del urbanismo cuando aborda el concepto de *ciudad y sociedad hipertexto*⁵. El mundo GLOCALIZADO ha transformado la relación existente entre las ciudades, incorporándolas dentro de un sistema multimodal donde cada una de ellas posee su identidad definida pero que sirve a un todo mutable y común.

Segundo, el texto reproducido reconoce el concepto histórico acuñado como <<derecho a la ciudad>>. Si bien es cierto aparece a finales de la década de los 60 del siglo XX⁶ como respuesta al quietismo estructuralista de la *Carta de Atenas sobre la Ciudad*⁷, su estudio toma relieve con la concreción de la *Carta Mundial del Derecho a la Ciudad*⁸

⁵ Véase ASCHER, FRANÇOIS. *Los nuevos principios del urbanismo. El fin de las ciudades no está a la orden del día.* (traducción española de María Hernández Díaz). Madrid, Editorial Alianza, 2010, pp. 39-43.

⁶ Véase LEFREVRE, HENRY. *Le droit à la ville*. París, Éditions Anthropos, 1968.

⁷ El autor en referencia formula en su obra una crítica cáustica al modelo funcional de la Carta de Atenas. En su “droit à la ville”, LEFREVRE sentencia que el mismo es una autoexigencia más que una simple enunciación. Sin embargo, la tesis está formulada en términos etéreos y con ciertos aires afásicos. Expone textualmente el autor “(...) *Este derecho [a la ciudad], a través de sorprendentes rodeos (la nostalgia, el turismo, el retorno hacia el corazón de la ciudad tradicional, la llamada de centralidades existentes o nuevamente elaboradas) camina lentamente. La reivindicación de la naturaleza, el deseo de gozar de ella, desvían el derecho a la ciudad. Esta última reivindicación se enuncia indirectamente como tendencia a huir de la ciudad deteriorada y no renovada, porque la vida urbana alienada debe existir “realmente”. La necesidad y el “derecho” a la naturaleza contrarían el derecho a la ciudad sin conseguir eludirlo (Ello no significa que no sea preciso reservar vastos espacios “naturales” ante las proliferaciones de la ciudad desintegrada) (...)* (Traducción nuestra)”. *Ob. Cit.*, pág. 138.

⁸ Véase CARTA MUNDIAL DE DERECHO A LA CIUDAD (2004). Sobre el tema, véase Programa de las Naciones Unidas (ONU-HÁBITAT) [<http://es.unhabitat.org>]. También, véase Foro Global Red Jurídica Urbana [<http://www.uln.gltm.net>].

como un proyecto por construir unas reglas universales que incorporen a las ciudades como hábitats que se caractericen por el usufructo equitativo de sus recursos, actualizando y validando periódicamente el sistema internacional de protección de los derechos fundamentales. En sí, el derecho a la ciudad -a pesar de la errónea interpretación del legislador venezolano⁹ como si fueran *derechos prestacionales*- representa uno de los procesos complejos de estandarización mínima de normas dedicadas a los ciudadanos más que a la ciudad, cónsonas con la actual revolución global de los derechos fundamentales eminentemente urbana.

De esta manera, si hoy, no hemos sido capaces de entender las actualizaciones más sensibles que afectan el urbanismo como ciencia a nivel global (sociedad del hipertexto y derecho a la ciudad) y que son notas indispensables para edificar un Derecho urbanístico, poco o nada se ha atendido a lo largo de 70 años “heterodoxos” por no decir otra cosa. Así, tan igual como lo hicimos en 2007 cuando ensayamos una suerte de evaluación del desarrollo histórico de nuestro régimen legal del urbanismo, por cierto, publicado en el BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES¹⁰, el principal obstáculo para compendiar un Derecho urbanístico la encontramos en la incapacidad para absorber el nominativo “urbano” (clásico y contemporáneo) para una nación que vivencia su calvario y que se les condena a la anti-ciudad.

Lo urbano ha sido el signo emblemático de la Venezuela que dejó atrás el camino de recuas por las autopistas. Abandonó el aljibe por gigantescos acueductos y sepultó la “familiaridad” del vecindario

⁹ En nuestra legislación se incorpora impropiamente el concepto con la promulgación del DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DE REGIONALIZACIÓN INTEGRAL PARA EL DESARROLLO SOCIOPRODUCTIVO DE LA PATRIA, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Extraordinario, n° 6.151 de fecha 18 de noviembre de 2014. El exabrupto del decreto es que contempla una suerte de “dotación y democratización del derecho a la ciudad”, como si de suyo fuera un derecho fundamental de naturaleza prestacional objetivado tan igual al derecho de la seguridad social (pensiones) u otro de la misma índole. Para más detalles véase URBINA MENDOZA, EMILIO J. “La transformación inconstitucional del concepto sobre equipamiento urbano como “escala de regionalización” en el Decreto-Ley de Regionalización Integral para el Desarrollo Socioprodutivo de la Patria”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 140 (Octubre/Diciembre 2014), pp. 383-400.

¹⁰ Véase URBINA MENDOZA, EMILIO J. “El régimen jurídico del urbanismo en Venezuela: un extraño e inacabado rompecabezas en los inicios del siglo XXI”. En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, n° 145 (Enero/Diciembre 2007), pp. 201-261.

por el impersonal “condominio”. El cariz urbano es un dogma en nuestro país como casi el resto del planeta. Sin embargo, el Derecho que ha acompañado la evolución del proceso urbanizador nacional, pocas veces ha mantenido el compás, pues, como bien lo ha acertado la profesora Dolores Aguerrevere, entre los sinsabores con los luminosos aciertos normativos ha estado más influido por el *Derecho* que por lo *Urbanístico*¹¹. En fin hemos tenido, como apuntó en su oportunidad el profesor Brewer-Carías, urbanizaciones y urbanizadores, pero, hemos carecido de urbanismo y urbanistas¹².

Son esas paradojas las que sirvieron de moldes para una historia de la normativa urbanística que hoy cumple su séptima década, en una nación que ha sido secuestrada por sectas que poco o nada de convivencia urbana tienen en sus imaginarios. Si durante el último tramo del siglo XX venezolano se criticó mucho las demoliciones de la antigua Caracas de los techos rojos, que dio paso a las imponentes avenidas y rascacielos que hoy cubren el valle del Ávila, el siglo XXI clama porque lo que ayer era objeto de críticas, retorne para reponer a la ciudad en un estado más avanzado, más de calidad de vida. He allí las razones de este trabajo, de evitar que olvidemos que durante un tiempo fuimos ejemplo urbanístico en América Latina, y que hoy, ante un mundo avanzado, nos han dejado en el rezago.

II. LA HISTORICIDAD DEL DERECHO URBANÍSTICO VENEZOLANO: ENSAYO DE UNA CLIOMETRÍA SOFOCADA DEL RÉGIMEN LEGAL-URBANÍSTICO TRAS 70 AÑOS DE INCONGRUENCIAS.

Estas paradojas explicitadas en la introducción del trabajo y advertidas por predecesores¹³ de nuestra disciplina, son las que

¹¹ AGUERREVERE, DOLORES. *Pensando en una Nueva Ley Urbanística (I): El silencio administrativo ante los proyectos de edificación y urbanización*. En: AAVV *Libro Homenaje al padre José del Rey Fajardo sj*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2005, Tomo II, p. 1189.

¹² BREWER-CARIÁS, ALLAN R. *La urbanización en Venezuela y la ausencia de un Derecho Urbanístico*. En: AAVV. *Derecho Urbanístico y Ciencias de la Administración*. Caracas, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, 1983, Vol. V, p. 16.

¹³ Escribía el profesor Brewer-Carías, con tono de preocupación para una Venezuela ya urbana, en 1983, lo siguiente: “(...) *En un país como Venezuela, que en las últimas décadas ha sufrido un proceso de transformación radical derivado de la urbanización, la disciplina del derecho urbanístico tiene una importancia fundamental, y no sólo para los juristas,*

procederemos a estudiar en el presente capítulo que si bien ya lo habíamos adelantado en 2009 cuando celebramos el centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela¹⁴; el proceso de degradación y disgregación normativa en la esfera urbanística se acelera desde 2011 cuando se decide adoptar un modelo voluntarista y atomizado de reglas, reemplazando en la práctica al modelo estructural de planes impuesto desde 1983. De allí que hoy, al cumplirse un poco más de 70 años del inicio tecnificador-urbanístico, nos encontremos extremadamente alejados del Derecho urbanístico que en 1997 ó 2001 poseíamos y que medianamente ordenaba el caos en que se han transformado las urbes venezolanas.

Jamás nos imaginamos que el deterioro de lo urbano se extendera más allá de las limitaciones físicas-territoriales y de infraestructura, sino que se expandirán sobre el imaginario normativo de las más altas esferas del gobierno. Recordemos la expresión -nada feliz y alejada de toda ciencia urbanística- del fallecido Presidente Hugo Chávez al afirmar que “(...) *dentro de Caracas puede haber otra Caracas* (...)”¹⁵.

sino para quienes se ocupan, desde otras profesiones y ópticas, de los problemas urbanos, pues éstos no pueden ser exitosamente enfrentados, sino con un adecuado marco jurídico-institucional. Sin embargo, nuestro país carece aún de una legislación nacional en materia urbanística, situación que lejos de contribuir a solucionar los problemas de nuestro proceso de urbanización, los está agravando, siendo insuficientes las normas aisladas y transitorias que se refieren a la materia y que han comenzado a aparecer en leyes especiales (...)
BREWER-CARIAS, ALLAN R. *Ob. Cit.*, pág. 8.

¹⁴ Véase URBINA MENDOZA, EMILIO J. *La historicidad del Derecho urbanístico y sus aportes en la tecnificación del Derecho administrativo venezolano (1946-2009)*. En: AAVV. *100 años de la enseñanza del Derecho administrativo en Venezuela 1909-2009*. Caracas, FUNEDA, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila y Universidad Central de Venezuela, 2009, Tomo I, pp. 129-162.

¹⁵ “(...) *En Caracas, dentro de Caracas cabe otra Caracas, hay mucho terreno abandonado subutilizado, yo quiero que aceleremos, Elías, por lo que tú más quieras; Molina, por lo que tú más quieras, un equipo, pónganse los patines, a esa velocidad no vamos a llegar a ninguna parte. Yo tengo años en esto, y me vas a decir que hay aquí tres aquí y tres allá, y hay cientos de terrenos en Caracas disponibles, ya abandonados, que tiene hasta agua tienen servicio, están ahí planos ya, no seamos tan lentos en eso, tan conservadores. Yo una vez dije, Elías, y lo vuelvo a repetir, yo quisiera comenzar simultáneamente un mismo día a hacer, voy a decir un número redondo, cien edificios en Caracas. Y ahí yo quiero que llamen ustedes a las constructoras privadas pero les ponemos los patrones, el edificio va a hacer de tantos pisos, de tantos metros cuadrados de esta calidad y el precio es éste, el que quiera bienvenido, el que no quiera que no trabaje. Ahora el que no quiera y tenga máquinas, el*

1. Hacia la concreción de una cliometría del régimen jurídico del urbanismo venezolano y su nueva transición hacia un Derecho urbanístico patrio.

Metodológicamente, tal y como lo decantamos hace algunos años en nuestros estudios sobre la evolución histórica de las reglas jurídica-urbanísticas -que en su momento concebí como *Derecho urbanístico venezolano* y hoy es imposible sostenerse- decidimos periodizarlas según las exigencias propias de la *cliometría*¹⁶. Sería un despropósito -cuando no una aberración y burla al estudioso o consultante- que huyéramos de la exigencia metodológica para abordar un problema dentro <<el reino de la arbitrariedad>>¹⁷, tal como lo explicita el maestro Antonio Moles Caubet al referirse sobre la administración del urbanismo.

En nuestros trabajos publicados en la década pasada, todavía podíamos concebir que en Venezuela existía un Derecho urbanístico rudimentario, rédito exclusivo del esfuerzo profesional desarrollado entre 1975 y 1988 cuando finalmente se pone vigencia a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (en adelante LOOU). Sin embargo, lo que ha sucedido desde la aprobación en 2011 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda*¹⁸

que no quiera —oigan bien— porque diga que él es bravo, y tiene cien máquinas por allá, lo expropiamos, le quitamos las máquinas, después se las pagamos, porque necesitamos las máquinas pa' trabajar ¿ves? El que no quiera colaborar se expropián las máquinas, es aplicación de la ley (...)". Véase INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS DEL PENSAMIENTO DEL COMANDANTE SUPREMO HUGO RAFAEL CHÁVEZ FRÍAS. *Aló Presidente n° 366* de fecha 31.10.2010 (Caucagua, estado Miranda). [Consultado en: <http://www.todochavez.gob.ve/todochavez/4232-alo-presidente-n-366>].

¹⁶ La *cliometría* como disciplina edificada por los economistas en su constante estudio de los periodos económicos, circunscribe toda metodología en precisar el estudio de los ciclos y etapas de la realidad misma que las agrupa. La aplicación de las principales técnicas confeccionadas desde la cliometría hasta nuestra investigación, parte de la necesidad científica de evitar una periodización normativo-urbanística que responda al capricho del autor. Sobre la cliometría véase HUGHES, J. *American economic history; the development of a natural economy*. Homewood (Illinois), 1969. REITER, STANLEY Y HURWICK, L. *Designing economic mechanism*. Cambridge University Press, 2006.

¹⁷ Véase MOLES CAUBET, ANTONIO. *Prólogo* de la obra de TORREALBA NARVÁEZ, LUIS. *Aspectos jurídicos del urbanismo en Venezuela. Estudio crítico y anteproyecto de Ley de Urbanismo*. Caracas, Fondo Editorial Común, 1970, pp. XIV-XVI.

¹⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 6.018 de fecha 29.01.2011.

con las elucubradas ÁREAS VITALES DE VIVIENDAS Y RESIDENCIAS (AVIVIR), fue un desconocimiento por el propio Estado venezolano de la existencia de un Derecho urbanístico cimentado en el orden estructural de planes por una selva de reglas particulares y clara decantación por oscuras fantasías de una ordenación urbanística portátil y cómoda. De allí que nuestro reto -tras 72 años de ensayos y errores- sea evaluar la evolución histórica de la ordenación urbanística venezolana para refundar un Derecho urbanístico que ha sido extraviado por la improvisación y el afán de controlar ideológicamente al ciudadano.

Especificada la decisión por estructurar la investigación desde la cliometría, debemos partir que toda etapa histórica debe circunscribirse a tres conceptos básicos bajo los cuales la historicidad de una idea, proceso, concepto, institución o norma pueda ser comprendida. A estas categorías debe troncalmente incorporarse los estándares de la modernidad en el sentido weberiano¹⁹ a los fines de validar la calidad científica de la periodización. Los referentes serán entonces:

- Cambio cualitativo²⁰.
- Eje histórico²¹.
- Proyecto histórico²².

Para nuestro régimen jurídico-urbanístico, que fue en algún tiempo Derecho urbanístico venezolano, podemos diferenciar cinco etapas nítidas que encierran las patologías, evolución o involución de la disciplina.

¹⁹ VIDAL FERNÁNDEZ, FERNANDO. “La modernidad como edad de universalización: revisión del programa weberiano de modernización”. En: *Miscelánea Comillas*. Madrid, Pontificia Universidad de Comillas, nº 126, 2007, p. 153.

²⁰ “(...) *Es la identificación de la realidad histórica que signa al resto de aconteceres sociales como principio (...)*”. VIDAL FERNÁNDEZ, FERNANDO. *Ob. Cit.*, p. 151.

²¹ “(...) *Es la dimensión, hecho o proceso que influye sobre todo lo analizado. Sobre éste se construirán las ideas y demás materializaciones históricas del tiempo durante el cual se mantenga dicho eje (...)*”. VIDAL FERNÁNDEZ, FERNANDO. *Ob. Cit.*, p. 150.

²² “(...) *Son las versiones, programas de naturaleza política, social, económica, jurídica, cultural, etc., que buscan explicar a su manera, o influir abiertamente, sobre la esencia de un particular eje histórico (...)*”. VIDAL FERNÁNDEZ, FERNANDO. *Ob. Cit.*, p. 154.

Etapas que se ilustran en el presente cuadro:

EJE HISTÓRICO	CAMBIO CUALITATIVO	PROYECTO HISTÓRICO
Primer Impulso urbanizador estatal Tecnificado	Creación de la Comisión Nacional de Urbanismo (1946)	Desarrollismo estatal y estado social de Derecho (1945)
Estrategia reglamentaria centralizadora	Disolución de la Comisión Nacional de Urbanismo (1958)	Desarrollismo y Estado promotor (Constitución de 1961)
El plan urbanístico como Instrumento rector fundamental de normatividad urbanística	Sanción de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (1983)	Estado social de Derecho y Estado promotor-subsidiario (Nacionalización petrolera 1976)
La popularización horizontalista de los planes y normas urbanísticas	Publicación en Gaceta del Decreto Presidencial n° 1.666 (2002)	Estado social, populista e intervencionista (Constitución Bolivariana de 1999)
La atomización y normatividad Portátil de voluntarismo popular	Decreto-Ley Orgánica de Emergencia de Terrenos y Viviendas (2011)	Estado comunal centralizado (Leyes del Poder Popular 2010)

Descrita el reexamen a la cliometría que iniciáramos su estudio en 2007, cuando todavía podíamos concebir un Derecho urbanístico venezolano, es necesario formular unas advertencias troncales en cuanto a la historia de nuestras normas urbanísticas.

Primero, tiene que ver con el enfoque en que periodizamos las etapas del régimen jurídico-urbanístico como un todo. No lo hacemos en relación a las fuentes del mismo, pues, para ello nos acogemos a la división formulada por el maestro Antonio Moles Caubet²³, en las cuales, una primera se circunscribe a la legislación básica del Derecho común arraigada en el Código Civil y la segunda en normas tecnificadas de esencia puramente urbanística. La primera etapa se caracteriza porque lo urbanístico se circunscribe al “(...) *derecho de propiedad elástico sobre inmuebles ubicados en ciudades* (...)”²⁴. Las limitaciones a la propiedad urbana, serán responsabilidad de los Concejos Municipales²⁵

²³ MOLES CAUBET, ANTONIO. *El régimen jurídico del urbanismo en Venezuela y su relación con la autonomía municipal*. En: AAVV. *Derecho Urbanístico y Ciencias de la Administración*. Caracas, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, 1983, Vol. V, p. 491.

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. Sentencia de fecha 10 de agosto de 1977 (*Caso: Varios Vs. Municipalidad del Distrito Federal*), ponencia del Magistrado Martín Pérez.

²⁵ El Código Civil Venezolano [Sancionado en 1942 con reforma en 1982 Gaceta Oficial Extraordinaria n° 2.990 del 26/06/1982] hizo un esfuerzo por regular la propiedad urbana -siguiendo la tradición codificadora europea- en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II (Desde el artículo 644 al 758). El codificador nos habla de las “limitaciones legales a la

a través de sus ordenanzas, así como, de leyes especiales nacionales con incidencia en lo urbanístico como sucedió con la LEY DE SERVIDUMBRE DE CONDUCTORES ELÉCTRICOS²⁶, el REGLAMENTO DE LA LEY DE SANIDAD NACIONAL²⁷ y la reforma de la LEY DE SANIDAD NACIONAL²⁸, la reforma a la LEY DE TIERRAS BALDÍAS Y EJIDOS²⁹; así como los Decretos de creación del INSTITUTO NACIONAL DE OBRAS SANITARIAS (INOS)³⁰.

La segunda división histórica señalada por Moles Caubet³¹, implica una redimensión de la propia concepción de la norma urbanística, proyectándose más allá de la tradición heredada del Derecho público romano. Comienza con el documento de nacimiento indiscutible de nuestra disciplina jurídico-urbanística, que es el *Decreto n° 387* de la Junta Revolucionaria de Gobierno³². El citado instrumento funda el primer organismo técnico-urbanístico de planificación venezolano: la COMISIÓN NACIONAL DE URBANISMO. Su quid de creación será: “(...) *Artículo 3º. La Comisión tendrá por finalidad el estudio de los proyectos de Urbanismo de las regiones y poblaciones de Venezuela, recopilará los datos necesarios para dichos estudios y estudiará los sistemas para poder llevar a efectos estos planes (...)*”.

Segundo, queremos estudiar dentro de cada período no sólo la identificación de los principales documentos normativos, sino también estudios doctrinales y jurisprudencia paradigmática que servirá de soporte y aporte original para el andamiaje jurídico-urbanístico. Por ello

Propiedad Predial y de las Servidumbres Prediales”, todas, propias de la experiencia heredada del Derecho Romano. Así, encontraremos en el articulado supra citado, regulaciones sobre el Derecho de Paso, de Acueducto y de Conductores Eléctricos; Medianería; Distancias y obras intermedias; luces y vistas de la propiedad del vecino; desagüe de los techos, etc.

²⁶ Publicada en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, n° 16.561 de fecha 19.07.1928.

²⁷ Publicado en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, n° 17.512 de fecha 31.08.1931.

²⁸ Publicada en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, n° 20.846 de fecha 21.07.1942.

²⁹ Publicada en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, extraordinario, s/n. de fecha 19.08.1936.

³⁰ Publicada en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, n° 21.079 de fecha 15.04.1943.

³¹ MOLES CAUBET, ANTONIO. *Ob. Cit.*, p. 491.

³² Publicado en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, n° 22.081 de fecha 10.08.1946.

en cada período señalado (5 en su totalidad), indicaremos en cada subepígrafe los autores destacados y sus obras, así como, la jurisprudencia correspondiente.

Tercero, existe una constante observada a lo largo de los años, como es el persistente comportamiento estatal *por evitar concretar una ley específica nacional marco* en materia de urbanismo. Esto sólo podrá ser revertido en 1987, cuando se sanciona, promulga y publica en Gaceta Oficial la LEY ORGÁNICA DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA³³. Entre 1987 hasta 2005 la LOOU mantendrá el carácter de eje normativo en la materia, hasta que de forma inexplicable, la Asamblea Nacional dicte la LEY ORGÁNICA PARA LA PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN DEL TERRITORIO³⁴. En la actualidad, si bien el propio Estado venezolano acepta la vigencia plena de la LOOU, cada vez que se dictan AVIVIR, se deja a un lado la centralidad necesaria e imprescindible de la LOOU, retornándonos a tiempos donde la dispersión normativa era la regla.

Cuarto, la falta de centralidad normativa y favorecimiento de la dispersión, ha ocasionado flagrantes violaciones no sólo al régimen de zonificación y su prohibición legal de modificación en forma aislada y singularmente propuesta, sino que también el Ejecutivo Nacional termina por usurpar funciones propias de los Municipios como es la concreción de Planes de Desarrollo Urbano Local. El ejemplo más palpable de esta intromisión nacional la verificamos en 2014 con la publicación en Gaceta Oficial del Decreto Presidencial n° 1.542³⁵ que de forma flagrante otorgó un “(...) *el CAMBIO DE USO EDUCACIONAL para que sea destinado a USO RESIDENCIAL, al Lote de Terreno ubicado en la Urbanización Parque Albarregas, Avenida Las Américas, Municipio Libertador del estado Mérida, para el desarrollo del Proyecto Habitacional Residencial Del Sur (...)*”³⁶.

³³ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 33.868 de fecha 16.12.1987.

³⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 38.279 de fecha 23.09.2005.

³⁵ Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 40.563 de fecha 16.12.2014.

³⁶ Para más detalles, véase URBINA MENDOZA, EMILIO J. “El Decreto Presidencial n° 1.542 como golpe a la autonomía municipal. Una reinterpretación nacionalizadora de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística”. En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)*. Caracas, Universidad Monteávilá, n° 5, 2015 (enero/abril) [en línea: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2015/09/Emilio-J-Urbina-Mendoza1.pdf>].

Esta es una muestra patológica sobre cómo en nuestro tiempo el Estado desprecia toda iniciativa de cumplimiento a las normas centrales en materia urbanística.

1.1. Primer impulso urbanizador estatal tecnificado (1946-1957).

Siendo conteste que el punto de partida de la ordenación urbanística venezolana comienza en 1946 con la creación de la Comisión Nacional de Urbanismo, no será sino hasta la publicación en Gaceta Oficial de la *Resolución n° 5 del Ministerio de Obras Públicas*³⁷, de ese mismo año, cuando se produzca el primer documento normativo. En efecto, el citado acto administrativo contempló el Reglamento de Funcionamiento de la Comisión, destacándose lo preceptuado en su artículo 2, que estableció:

Artículo 2°.- La Comisión Nacional de Urbanismo tendrá las siguientes atribuciones:

- a) Estudiar y aprobar los ante-proyectos, normas, proyectos de ordenanzas, planes de ejecución y de financiamiento de urbanismo.
- b) Someter para su aprobación a las autoridades competentes, por intermedio del Ministerio de Obras Públicas, todo lo resuelto con relación al urbanismo de las regiones de Venezuela.
- c) Promover mediante conferencias, publicaciones, etc., el interés del público por las obras de urbanismo.

El texto introduce en Venezuela por primera vez el concepto jurídico de *planes urbanísticos* e inclusive de la noción sobre <<urbanismo>>, muy a pesar que años atrás, en 1939, se había elaborado el denominado PLAN ROTIVAL (Rotival y Lambert) así como la creación casi desapercibida de la Comisión Técnica de Urbanismo (1937) y la Dirección de Urbanismo de la Gobernación del Distrito Federal (1938); todos, más apegados a la intervención *monumentalista haussmanniana*³⁸ que a la idea de una normatividad planificadora.

³⁷ Publicada en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, n° 22.171 de fecha 26.11.1946.

³⁸ ALMANDOZ MARTE, ARTURO. *Urbanismo europeo en Caracas (1870-1940)*. En: AAVV. HERNÁNDEZ, TULIO (Comp.). *Ciudad, espacio público y cultura urbana*. Caracas, Fundación para la Cultura Urbana, 2010, pp. 204-206.

Por ello, el dispositivo del Ministerio de Obras Públicas (MOP) de 1946, surge precisamente como consecuencia de esa transición operada en la década del 40, con su modelo desarrollista, que trajo consigo el proyecto histórico emergente tras el golpe cívico-militar efectuado por el partido Acción Democrática y la oficialidad joven en octubre de 1945. Se incluye dentro del imaginario de este nuevo modelo de gobierno, un Estado que buscará modernizarse a como de lugar, empleando para ello los recursos económicos necesarios para conseguir tal fin.

La Comisión Nacional mantendrá inalterado su carácter técnico³⁹, cumpliendo los cometidos de su creación. Elaborarán los primeros *planes reguladores* de las capitales de estado, comenzando por la propia Caracas que adquirirá gracias a sus estudios y recomendaciones, su ascenso al concepto de área metropolitana⁴⁰, ésta última, reservada en América Latina para Buenos Aires y Ciudad de México D.F. La Comisión en este sentido, asumió un fuerte rol centralizador en cuanto a las decisiones técnicas relacionadas al urbanismo, a pesar de ser materia destinada a los Municipios desde 1909. Como bien lo resaltó Omer Lares en su trabajo de legislación urbanística comparada, esta centralización técnica nos introdujo en la importancia de tecnificar el crecimiento urbano “(...) *tan igual como en los países de mayor cultura en la creación de Ministerios y otros organismos similares que estudian, dictaminan y controlan el urbanismo nacional (...)*”⁴¹.

Las bases del urbanismo venezolano y las regulaciones jurídicas de la materia llevan la impronta de esta Corporación de Derecho Público,

³⁹ Es necesario destacar la naturaleza técnica del órgano colegiado, al cooptarse lo más profesional en materia de arquitectura e ingeniería de la época. La Comisión estuvo conformada por *Leopoldo Martínez Olavarría (Presidente), Carlos Guinand, Luis Malausena, Carlos Raúl Villanueva, Édgar Pardo Stolk, Armando Vegas, Luis Wannoni y Alejandro Oropeza Castillo*.

⁴⁰ Decreto n° 647 de la Junta Militar de Gobierno, publicado en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, n° 23.357 del 19.10.1950. Puede leerse entre los considerandos del mismo lo siguiente: “(...) *Considerando: Que, como consecuencia del crecimiento demográfico de la ciudad de Caracas, algunas zonas y centros poblados pertenecientes a distinta jurisdicción político-administrativa han llegado a integrar con ella una sola unidad urbana. Considerando: Que esta integración ha originado problemas de diversa índole, cuya solución sólo puede lograrse sobre la base de levantamientos estadísticos conjuntos (...)*”.

⁴¹ LARES, OMER. *Legislación urbanística comparada*. Caracas, Fondo Editorial Común, 1971, p. 121.

primera en escribir la historia decisiva sobre la transformación urbana en Venezuela, incluyendo, el naciente régimen jurídico del urbanismo.

1.1.1. La expropiación por causa de utilidad pública o social.

Desde la esfera normativa, vista la redimensión del territorio urbano en Venezuela instrumentalizado en sus planes y proyectos de obras públicas; uno de los obstáculos ya vislumbrados por la propia Comisión será la propia normativa civil vigente. Para 1946 todavía en nuestro país se concebía la propiedad en su cariz más quirritario, donde el Derecho privado se erige como el *ius* absoluto, negándose ese carácter intrínsecamente <<social>> de la propiedad urbana. La renovación del pensamiento urbanístico y la ejecución de infraestructura pública jamás construida en el país, impulsó la introducción de las tendencias del Derecho Comparado en materia de limitaciones de la propiedad urbana⁴², incluyendo su ablación. Instrumento que se conocería como *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*⁴³.

1.1.2. La introducción de ordenanzas sobre urbanismo superando el concepto clásico de edificación.

Así como se vivencia por primera vez el concepto de *expropiación* en su sentido moderno, la Comisión en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2º, literal a) de su Reglamento, elabora los primeros proyectos de ordenanzas relativas al urbanismo que van más allá de lo que establecía el artículo 700 del Código Civil venezolano. Por primera vez se comienza determinando los denominados *límites de la ciudad*, siguiendo el ejemplo del urbanismo norteamericano. El entonces Concejo Municipal del Distrito Libertador, elabora en 1954 la primera

⁴² Véase CÁNOVA GONZÁLEZ, ANTONIO; HERRERA ORELLANA, LUIS ALFONSO y ANZOLA SPADARO, KARINA. ¿Expropiaciones o Vías de Hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual). Caracas, FUNEDA-Universidad Católica Andrés Bello, 2009, pp. 64-66.

⁴³ Publicada en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, n° 22.458 de fecha 06.11.1947.

ORDENANZA SOBRE ARQUITECTURA, URBANISMO Y CONSTRUCCIONES EN GENERAL⁴⁴, la primera de su tipo en Iberoamérica.

El texto nos estrena en terminología desconocida del argot jurídico venezolano, tales como <Planes Regulares>, <Oficinas Municipales de Planeamiento Urbano (OMPU)>, <Clasificación de vías urbanas>, <Permisos de Construcción>, <Áreas y limitaciones para las construcciones>, etc. También se incluyen mejoras y se vislumbra la naciente tributación urbanística. Ejemplo de ello representa la entonces ORDENANZA SOBRE IMPUESTO DE CASAS, OTROS EDIFICIOS Y TERRENOS SIN CONSTRUIR⁴⁵ del Concejo Municipal de Libertador del Distrito Federal, que empleó el término <urbanizadores> y <zonas de la ciudad>, aportando una técnica legislativa desconocida hasta entonces.

1.1.3. Distribución contemporánea de las Competencias en ordenación urbanística.

Dentro de este tiempo si bien se instala el imaginario de una República que en materia urbanística puede interferir y hasta sustituirse en el Municipio; formalmente la Constitución de 1947⁴⁶ determinará el régimen vigente sobre distribución competencial en materia urbanística. De esta manera, la República asumirá “(...) *Todo lo relativo al establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para el proyecto y ejecución de obras de ingeniería, de arquitectura y urbanismo, y a la creación y funcionamiento de los organismos*

⁴⁴ Al respecto, véase los comentarios de TORREALBA NARVÁEZ, LUIS. *Aspectos jurídicos del urbanismo en Venezuela. Estudio crítico y anteproyecto de Ley de Urbanismo*. Caracas, Fondo Editorial Común, 1970, pp. 17-20. El Ingeniero PEDRO PABLO AZPÚRUA, en su estudio introductorio incluido dentro del trabajo del profesor ALLAN BREWER-CARIAS *Urbanismo y Propiedad Privada*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1980, p. 24 señala lo siguiente en relación a esta Ordenanza: “(...) *Se ha dado especial relevancia a la Ordenanza y Planos de Zonificación para Caracas, por haber sido la primera de su tipo elaborada en Iberoamérica. Sometida a consideración del Concejo Municipal del Distrito Federal, previa aprobación de la Comisión Nacional de Urbanismo, en abril de 1954, y de la Asamblea del Colegio de Ingenieros, fue aprobada por el Concejo Municipal en agosto de 1958, previo análisis de una Comisión Especial (...)*”.

⁴⁵ Publicada en Gaceta Municipal del Distrito Federal, n° 7.203, de fecha 10.10.1950.

⁴⁶ Publicada en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, extraordinario, n° 194 de fecha 30.07.1947.

*correspondientes (...)*⁴⁷. Al Municipio, que en dicho texto constitucional se le bautizó como PODER MUNICIPAL materializado bajo el mote de DISTRITO⁴⁸, se le encargará como competencia exclusiva “(...) *Fomentar y encauzar el urbanismo con arreglo a las normas que establezca la ley y en coordinación con los organismos técnicos nacionales (...)*”⁴⁹.

Este sistema peculiar de distribución de competencias, establecido por el Constituyente de 1947 y que ha de mantenerse hasta nuestros días, implica conferir a la República todo lo relativos al componente técnico-normativo en materias de urbanismo, arquitectura, ingeniería y áreas afines. Será una suerte de mecanismo competencial de *estandarización*, quizá previniendo las claras diferencias entre los Distritos de aquella época, donde casi el 90% del territorio nacional era de naturaleza rural. En cambio, al Distrito (Municipio) se le otorgaría la responsabilidad exclusiva de todo lo concerniente a lo que se conoce dentro del Derecho urbanístico como *Disciplina Urbanística*⁵⁰.

Para 1957, cuando buena parte de los proyectos diseñados desde la mesa de la Comisión Nacional Urbanismo habían alcanzado un grado avanzado de ejecución, otros problemas derivados de ese nuevo cariz urbano tensiona la estructura visualizada en 1946. El MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (MOP) se transforma en el músculo gubernamental que construye ciudades para una Venezuela que comienza a disfrutar de las bondades de la vida urbana. Su redimensión fue precisada en el artículo 22, ordinal 11 del entonces vigente ESTATUTO ORGÁNICO DE MINISTERIOS⁵¹. Por otra parte, junto al MOP, juega un papel activo en el proceso de promoción de la vivienda pública, el BANCO OBRERO⁵², que

⁴⁷ Artículo 138, numeral 15 de la Constitución de 1947.

⁴⁸ Artículo 109 de la Constitución de 1947 “(...) *El Poder Municipal lo ejercerá en cada Distrito de los Estados, en el Distrito Federal y en los Territorios Federales, el Concejo Municipal, que gozará de plena autonomía en lo que concierne al régimen económico y administrativo de la Municipalidad, sin otras restricciones que las establecidas por esta Constitución (...)*”.

⁴⁹ Artículo 112, numeral 4 de la Constitución de 1947.

⁵⁰ Véase PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *La Disciplina Urbanística*. Madrid, IUSTEL, 2012. CARCELLER FERNÁNDEZ, ANTONIO. *Derecho urbanístico sancionador*. Barcelona, Atelier, 2004.

⁵¹ Publicado en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, n° 23.418 de fecha 30.12.1950.

⁵² Creado mediante la Ley del Banco Obrero, publicada en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, n° 20.570 de fecha 20.08.1941.

fungirá como ente de intermediación financiera para la adquisición de aquéllas.

1.2. La estrategia reglamentaria centralizadora (1958-1982).

Con la primera reforma administrativa de 1957, el Ejecutivo Nacional decide a través del Decreto Reglamentario n° 547⁵³, la “(...) *inexistencia desde el 1° de julio de 1957, inclusive, la Comisión Nacional de Urbanismo, y sus funciones y atribuciones pasarán a ser desempeñadas por el Ministerio de Obras Públicas, al cual quedan adscritos los bienes de dicha Comisión (...)*”. El Decreto da fin al organismo que nos introdujo en las tendencias modernas globales sobre la nueva ciencia urbanística, transformando con sus proyectos y planes, la imagen de la Venezuela rural por otra más urbana apegada al esquema funcionalista anglosajón⁵⁴.

Coincidentalmente, el fin de la Comisión Nacional de Urbanismo confluyó con la introducción del sistema democrático representativo, que edificará un ESTADO CENTRALIZADO DE PARTIDOS⁵⁵ donde la esfera urbanística no escapará de las ofertas políticas del momento. Sin embargo, es necesario hacer mención a una suerte de *transitoriedad jurídica* presente en el bienio 1958-1960, que allanará el camino de novísimos textos normativos. Entre 1958 y 1960, el Poder Ejecutivo Nacional introduce los rasgos característicos de la normatividad urbanística que se mantendrá como eje histórico hasta 1983.

Se aprueban leyes en materias conexas al urbanismo que son consecuencias de los estudios acumulados por los expertos formados a lo largo de una década por la anterior Comisión Nacional de Urbanismo. Instrumentos normativos que comienza por la propia LEY DE EJERCICIO DE LA INGENIERÍA, LA ARQUITECTURA Y PROFESIONES AFINES⁵⁶, LA LEY DE

⁵³ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 25.392 de fecha 27.06.1957.

⁵⁴ ALMANDOZ MARTE, ARTURO. *Ob. Cit.*, p. 205.

⁵⁵ Sobre el concepto y operatividad del Estado centralizado de partidos, véase BREWER-CARIAS, ALLAN R. *Instituciones políticas y constitucionales*. Caracas-San Cristóbal, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, 1996, Tomo II: *El Poder Público: Nacional, Estatal y Municipal*, pp. 345-349.

⁵⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 25.822 de fecha 26.11.1958.

PROPIEDAD HORIZONTAL⁵⁷, LA LEY DE VENTA DE PARCELAS⁵⁸ y LA LEY DE REGULACIÓN DE ALQUILERES⁵⁹. Todos estos textos legales buscan regular los nuevos mecanismos sobre el suelo urbanizado y las nuevas formas de convivencia materializada a través del condominio de propiedad horizontal.

En cuanto a los actos sub-legales, primero, desde la Junta de Gobierno, luego la Presidencia de la República o los diferentes despachos ministeriales se dictan actos administrativos que coadyuvarán con la transición hacia una normatividad urbanística más decantada. Estos documentos serán:

- Decreto n° 492 de la Junta de Gobierno, mediante el cual se dicta el DECRETO DE COORDINACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DESARROLLO SOCIAL Y ECONÓMICO⁶⁰. Este instrumento centró su atención en las diferentes modalidades de planificación pública, resaltando las atinentes al mejoramiento urbanístico y social de la población.
- Decreto n° 497 de la Junta de Gobierno, mediante el cual se dicta el DECRETO RELATIVO A REMOCIÓN DE TIERRAS, DEFORESTACIÓN Y ARBOLADO EN ZONAS URBANIZADAS⁶¹.
- Decreto n° 544 de la Junta de Gobierno, mediante el cual se dicta el DECRETO RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS RELACIONADAS CON EL DECRETO N° 317 DE FECHA 10.07.1958, EN MATERIA DE SANIDAD E INSTALACIONES SANITARIAS⁶².

1.2.1. La estrategia reglamentaria nacional: una transitoriedad que se transformó en carácter definitiva.

Una vez el período constitucional 1959-1964, así como, estrenada la Constitución de 1961 que otorga una nueva arquitectura al Municipio

⁵⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 25.760 de fecha 15.09.1958.

⁵⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 26.428 de fecha 09.12.1960.

⁵⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 26.319 de fecha 08.01.1960.

⁶⁰ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 25.850 de fecha 30.12.1958.

⁶¹ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 25.850 de fecha 30.12.1958.

⁶² Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 25.866 de fecha 19.01.1959.

venezolano⁶³; el uso de los Reglamentos nacionales, instructivos presidenciales y resoluciones ministeriales para regular aspectos propios del urbanismo termina por consolidarse ante una Venezuela que iniciaba pujante la década de los 60. El Estado venezolano va tecnificándose hasta lograr motorizar un modelo de sociedad emergente cada vez más urbana. En la paradoja, y muy a pesar del clamor profesional desde la década de los 40, **NO SE CONCRETARÁ UN INSTRUMENTO LEGAL ÚNICO DEL URBANISMO**, sino que abusará de la potestad reglamentaria y las nuevas formas de actos administrativos para regular la cada vez más precisa actividad urbanística.

En cuanto a leyes del período tenemos, regulatorias de materias dispersas:

- Ley que autoriza al Ejecutivo Nacional a ejecutar un Plan Básico de Inversiones en Vialidad durante el período 1971-74⁶⁴.
- Ley de Reforma Parcial de la Ley que autoriza al Ejecutivo Nacional a ejecutar un Plan Básico de Inversiones en Vialidad durante el Período 1971-74⁶⁵.
- Ley sobre Conservación y Mantenimiento de las Obras e Instalaciones Públicas⁶⁶.
- Ley de Nacionalización y Coordinación de los Servicios de Recolección y Tratamiento para Residuos, Desechos y Desperdicios en el Área Metropolitana de Caracas⁶⁷.

⁶³ La exposición de motivos de la Constitución de 1961 señalaba en cuanto al tema del nuevo Municipio lo siguiente: “(...) *La aspiración del proyecto -Constitución- es la de permitir diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los Municipios, atendiendo a las condiciones de población, de desarrollo económico, situación geográfica y otros factores de igual importancia. Se desea poner fin a la uniformidad a que se ha querido someter la vida municipal al establecerse reglas idénticas para entidades cuya estructura real y cuya importancia presentan notables diferencias (...)*” CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. “Exposición de Motivos del Proyecto Constitucional de 1961”. En: *Revista de la Facultad de Derecho*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, n° 21, 1961, p. 378.

⁶⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 1.480 de fecha 20.08.1971.

⁶⁵ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 1.555 de fecha 30.11.1972.

⁶⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.483 de fecha 26.08.1974.

⁶⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.047 de fecha 17.08.1976.

- Ley sobre Normas Técnicas y Control de Calidad⁶⁸.
- Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte⁶⁹.

De este tiempo debemos resaltar -siguiendo la exposición de la profesora Aguerrevere⁷⁰- que a pesar de la no concreción de una Ley General de Urbanismo, se elaboraron los siguientes proyectos de la citada ley nacional, siendo el germen de la vigente Ley Orgánica de Ordenación Urbanística:

- Proyecto de LEY DE URBANISMO, presentado por la Dirección de Planeamiento del Ministerio de Obras Públicas (1965).
- Proyecto de LEY DE URBANISMO, elaborado por los Arquitectos Omer Lares y Rolando Hernández, Economista Luis Pérez Barreto y Abogado Germán Maya Peña (1966).
- Proyecto de LEY ORGÁNICA DE DESARROLLO URBANO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, elaborado por la Dirección de Planeamiento del Ministerio de Obras Públicas (1968 y 1969).
- Proyecto de LEY ORGÁNICA DE URBANISMO, elaborado por el Abogado Luis Torrealba Narváez (1970)
- Proyecto de LEY DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANA, elaborada por la Comisión Ad-honorem designada por el Ministerio de Obras Públicas y el Ministro de Estado para la Vivienda (1970).
- Proyecto de LEY ORGÁNICA DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA, elaborada por el Ministro de Estado para la Vivienda y Desarrollo Urbano (1972).
- Proyecto de LEY DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA, elaborada por el Núcleo de Ordenamiento Territorial y Legislación del IX Congreso Venezolano de Ingeniería (1974).
- Anteproyecto de LEY DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA, elaborado por la Comisión Ad-honorem del Ministerio de Obras Públicas (1975).

⁶⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 2.529 de fecha 31.12.1979.

⁶⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 3.155 de fecha 29.04.1983.

⁷⁰ AGUERREVERE, DOLORES. *Ob. Cit.*, p. 1196.

- Bases para el proyecto de LEY DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA, elaborado por el profesor Allan Brewer-Carías (1975).

De todos los anteproyectos y proyectos, ordenados una y otra vez por cada Ministro de Obras Públicas de turno, ninguno vería *fiat lux*, sino hasta la presentación del Proyecto de Ley Orgánica de Ordenación Urbanística elaborado por el Senado del extinto Congreso Nacional. Ahora bien, esta ausencia de ley nacional no impidió la proliferación desmesurada, sobre todo entre 1974-1979, de Decretos Presidenciales que prácticamente vendrían a regular materias que posteriormente en la LOOU de 1987 se incluirían con el consabido efecto legal.

1.2.1.1. Reglamentos e instructivos presidenciales.

Como respuesta a las exigencias ante una ciudad venezolana más compleja y con las invenciones propias de la revolución del transporte aéreo, las normas internacionales en materia de convivencia humana, así como, la referida a materiales de construcción y formas edificatorias; implicó una frenética elaboración de Reglamentos Nacionales. También, desde 1972, dado el Programa de las Naciones Unidas para el cuidado del Medio Ambiente, se incluyó dentro de la disciplina regulaciones precisas en relación a emisiones de gases contaminantes, manejo de desechos sólidos y vertidos sobre cuerpos de agua.

a. Período constitucional 1969-1974: Presidente Dr. Rafael Caldera Rodríguez:

- Decreto N° 159: *Reglamento de la Ley del Banco Obrero*⁷¹.
- Decreto N° 422: *Reglamento sobre el uso de explosivos en zonas urbanas*⁷².
- Decreto N° 540: *Reglamento Orgánico del Ministerio de Obras Públicas*⁷³.

⁷¹ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 29.037 de fecha 02.10.1969.

⁷² Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 29.359 de fecha 03.11.1970.

⁷³ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 29.438 de fecha 11.02.1971.

- Decreto N° 1.096: *Reglamento sobre Clínicas de Hospitalización, Hospitales, Casas de Salud, Sanatorios, Enfermerías y Similares*⁷⁴.
- Decreto N° 1.103: *Reglamento de utilización de Obras Públicas Nacionales de Canalización*⁷⁵.
- Decreto N° 1.639: *Reglamento de la Zona Protectora del Área Metropolitana de Caracas*⁷⁶.
- Decreto N° 16: por el cual se crea en el Banco Obrero un *Departamento para la Urbanización y Equipamiento de Barrios*⁷⁷.
- Decreto N° 1.522: *por el cual se dispone que todo contrato de edificación pública que realice el Ejecutivo Nacional, los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional y las empresas del Estado se incluirá una partida para contratar obras de arte ejecutadas por artistas nacionales o por extranjeros residentes el país, destinadas a servir de ornato en la edificación de que se trate*⁷⁸.
- ≡ Instrucción N° 2: *por la cual el Banco Obrero, la Fundación para el Desarrollo de la Comunidad y Fomento Municipal, la División de Vivienda Rural del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, y los Institutos y establecimientos públicos que de alguna manera intervienen en la elaboración y ejecución de programas relacionados con la construcción de viviendas, deberán suministrar al Ministro de Estado todos los datos e informaciones sobre aquellos Programas de Vivienda de interés social que para la fecha de existan*⁷⁹.

b. Período constitucional 1974-1979: Presidente Sr. Carlos Andrés Pérez Rodríguez:

La primera administración del Presidente Pérez facilitará la tecnificación nunca vista del urbanismo en nuestro país. A pesar de la centralización administrativa característica de la época, se asume las más

⁷⁴ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 29.912 de fecha 21.09.1972.

⁷⁵ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 29.933 de fecha 17.10.1972.

⁷⁶ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.345 de fecha 06.03.1974.

⁷⁷ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 28.878 de fecha 20.03.1969.

⁷⁸ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.267 de fecha 28.11.1973.

⁷⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 29.373 de fecha 19.11.1970.

avanzadas técnicas de zonificación empleadas en las urbes del primer mundo⁸⁰. Caracas, así como el resto de las capitales de las entidades federales, asumirán el concepto protagónico del *Plan Rector y Ordenanzas de Zonificación*, que si bien durante la administración del Presidente Caldera⁸¹ habían sido implementados en casi todo el territorio urbano nacional más no habían sido estandarizados con una metodología definitiva. Por otra parte, se elimina el Ministerio de Obras Públicas para dar paso a los flamantes MINISTERIO DE DESARROLLO URBANO (MIN-DUR) y el MINISTERIO DEL AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES RENOVABLES (MARNR), éste último, el primero de su tipo en toda Latinoamérica.

Los decretos presidenciales más emblemáticos en materia urbanística serán:

- Decreto N° 46: *Reglamento sobre Prevención de Incendio*⁸².
- Decreto N° 1.986: *Reglamento de Avances o Anticipos*⁸³.
- Instrucción mediante la cual establecen los *lineamientos para la ejecución de un Programa Extraordinario de Construcción, Mejoras, Mantenimiento y Dotación de Servicios Públicos en los Estados y Territorios Federales*⁸⁴.
- Instrucción N° 22: *Normas que Regirán para la Política de Incorporación de Áreas Suburbanas y Rurales a las Actividades Urbanas, Cónsonas con el Programa Único de Inversiones en Infraestructura y Equipamiento*⁸⁵.

⁸⁰ Sobre la historia y evolución de la Zonificación como técnica (Zoning), véase GUERRERO MANSO, CARMEN DE. *La Zonificación de la Ciudad: Concepto, Dinámica y Efectos*. Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 34-50.

⁸¹ Existe un dato que debemos tomar en cuenta en relación al concepto e implementación del Plan Rector. En el último mensaje a la Nación, en 1973, el Presidente Caldera señaló: “(...) *La elaboración de planes reguladores y de esquemas de desarrollo urbano se ha considerado materia de urgencia. En marzo de 1969; sólo existían para 16 localidades; en 1973 se había concluido la elaboración de normas de ordenamiento urbano para doscientas siete localidades, que representan el 93% de la población urbana del país (...)*” CALDERA, RAFAEL. *Cuentas ante el país. Mensaje del Ciudadano Presidente de la República y exposiciones de los Ministros del Gabinete, ante el Congreso Nacional, en el cuarto año de gobierno*. Caracas, Oficina Nacional de Información, 1973, pp. 36-38.

⁸² Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.375 de fecha 16.04.1974.

⁸³ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.145 de fecha 04.10.1977.

⁸⁴ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.416 de fecha 05.06.1974.

⁸⁵ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.962 de fecha 13.04.1976.

- Instructivo N° 29: *Normas que deberán acatar los Ministros, Gobernadores y Presidentes de Institutos Autónomos, en relación a la Planificación, Ejecución y Coordinación de los Centros de Servicios Comunes (Módulos de Servicios)*⁸⁶.
- Instructivo N° 31: *Normas para los órganos de la Administración Pública, a fin de que se dé estricto cumplimiento a las disposiciones legales y técnicas que se han promulgado sobre materia de incendio*⁸⁷.
- Decreto N° 65: *Norma que dispone que los ascensores que se encuentren instalados y en servicio así como los que se instalen en cualquier tipo de inmueble, deberán ser operados por personas dedicadas exclusivamente a esa tarea. se exceptúan de esta disposición los ascensores instalados en inmuebles vendidos por el sistema de propiedad horizontal dedicados a vivienda*⁸⁸.
- Decreto N° 53: *Creación Comisión ad-honorem para el estudio, formulación e instrumentación de un programa para el ordenamiento de las áreas ocupadas por los barrios pobres, de las ciudades del país*⁸⁹.
- Decreto N° 332: *Creación del Programa para el Ordenamiento de las Áreas ocupadas por los Barrios Pobres de las ciudades del país*⁹⁰.
- Decreto N° 506: *Creación del Programa para el Equipamiento y consolidación de los Pequeños Centros Poblados*⁹¹.
- Decreto N° 741: *Creación de la Comisión de Ordenamiento Urbano del Área Metropolitana de Caracas*⁹².
- Decreto N° 761: *Creación del Consejo Nacional para el Equipamiento Físico del Territorio en la forma que en él se expresa*⁹³.

⁸⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.172 de fecha 10.02.1977.

⁸⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.265 de fecha 28.06.1977.

⁸⁸ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.385 de fecha 29.04.1974.

⁸⁹ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.391 de fecha 07.05.1974.

⁹⁰ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.472 de fecha 13.08.1974.

⁹¹ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.538 de fecha 30.10.1974.

⁹² Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.615 de fecha 04.02.1975.

⁹³ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.631 de fecha 25.02.1975.

- Decreto N° 1.540: *Régimen sobre Estímulos a la Construcción de Viviendas, Locales y Edificaciones Educativas, Asistenciales y Turísticas*⁹⁴.
- Decreto N° 2.186: *Declaratoria de primera necesidad el servicio de agua potable, el de recolección de aguas usadas y el de energía eléctrica*⁹⁵.
- Decreto N° 2.228: *Determinación del precio de la venta primaria de viviendas, locales comerciales y oficinas, para cuya construcción se hayan concedido para la fecha del presente Decreto préstamos hipotecarios, no podrá exceder en más de un treinta por ciento del monto del avalúo que sirvió de base para dicho préstamo*⁹⁶.
- Decreto N° 2.210: *Normas de las actividades de instalación, mantenimiento y remoción de vallas, señales, carteles, dibujos, avisos luminosos o no, pancartas para fines publicitarios públicos o privados*⁹⁷.
- Decreto N° 2.614: *Creación de la Comisión Nacional de Coordinación del Desarrollo Urbanístico (CONDUR)*⁹⁸.

c. Período constitucional 1979-1984: Presidente Dr. Luis Herrera Campíns:

La administración de Luis Herrera Campíns tuvo que lidiar con el agotamiento del modelo rentístico-petrolero. La desaceleración económica en puertas, sumado a la deuda pública externa, merman la capacidad de las arcas públicas para continuar con el agresivo plan de obras y de urbanización a lo largo del país. Decide poner en marcha los mecanismos para formalizar de una vez por todas los planes rectores heredados de la anterior presidencia. Además, será el primer presidente que decidirá introducir ante el Congreso Nacional una Ley nacional

⁹⁴ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 1.874 de fecha 10.05.1976.

⁹⁵ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.269 de fecha 04.07.1977.

⁹⁶ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.273 de fecha 11.07.1977.

⁹⁷ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.274 de fecha 12.07.1977.

⁹⁸ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.452 de fecha 21.03.1978.

en materia urbanística, resultando primero, la LEY ORGÁNICA PARA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO (1983).

Los decretos más emblemáticos en materia urbanística serán:

- Decreto N° 214: *“Régimen sobre Estímulos a los Programas de Urbanización y a la Promoción de Viviendas”*⁹⁹.
- Decreto N° 370: *Reglamento N° 5 de la Ley Orgánica del Ambiente, Relativo a Ruidos Molestos o Nocivos*¹⁰⁰.
- Decreto N° 473: *Normas de coordinación de las actividades e inversiones de los organismos públicos en materia de prestación de servicios urbanos y construcción de viviendas en el Área Metropolitana*¹⁰¹.
- Decreto N° 688: *Normas para el Desarrollo y Control de Urbanizaciones*¹⁰².
- Decreto N° 753: *Creación del Comité Metropolitano de Vivienda y Renovación Urbana*¹⁰³.
- Decreto N° 754: *Creación del Comité Metropolitano de Transporte Urbano*¹⁰⁴.
- Decreto N° 1.444: *Creación con carácter permanente la Comisión Nacional de Tierras Urbanas, la cual tendrá por objeto coordinar la obtención de información relacionada con las tierras urbanizables, sistematizar y mantener la información obtenida, asesorar a los organismos competentes en la escogencia de las tierras aptas para el desarrollo urbano, en función de las oportunidades, prioridades y conveniencias, de acuerdo a las políticas y planes urbanísticos existentes, y evaluar las decisiones*¹⁰⁵.
- Decreto N° 1.798: *Normas sobre Clasificación de Establecimientos de Atención Médica del Subsector Público*¹⁰⁶.

⁹⁹ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.789 de fecha 01.08.1979.

¹⁰⁰ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 2.519 de fecha 07.12.1979.

¹⁰¹ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.892 de fecha 28.12.1979.

¹⁰² Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.018 de fecha 03.07.1980.

¹⁰³ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.069 de fecha 16.09.1980.

¹⁰⁴ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.069 de fecha 16.09.1980.

¹⁰⁵ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.436 de fecha 18.03.1982.

¹⁰⁶ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.650 de fecha 21.01.1983.

- Decreto N° 2.001: *Normas de los estímulos que se otorgarán a las personas que efectúen inversiones para la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente*¹⁰⁷.

1.2.1.2. Resoluciones ministeriales.

No sólo a nivel presidencial proliferaron normas urbanísticas. Los Ministerios, tras un proceso de centralización administrativa suficientemente explicado, procedieron a la creación normativa dentro del ramo de su competencia.

a. Ministerio de Obras Públicas (1958-1976)

- *Normas de Licitación y Contratación de Obras del Metro de Caracas*¹⁰⁸.
- *Resolución por la cual se pone en vigencia el Manual de Organización del Ministerio de Obras Públicas, a partir del 31 de mayo de 1971*¹⁰⁹.
- *Resolución por la cual se crea una Comisión ad-honorem y de carácter temporal, para la elaboración de un Ante-Proyecto de Ley de Ordenación Urbanística, que comprenda las regulaciones nacionales del urbanismo e integre las acciones nacionales, regionales y locales en lo pertinente y de un Ante-Proyecto de Ley para la Coordinación de las distintas jurisdicciones existentes dentro del Área Metropolitana de Caracas, según lo establecido en el artículo II de la Constitución*¹¹⁰.
- *Resolución por la cual se establecen las Condiciones Generales de Contratación para Estudios y Proyectos*¹¹¹.

b. Ministerio de Desarrollo Urbano-MINDUR (1977-1982)

- *Reglamento Interno del Ministerio del Desarrollo Urbano*¹¹².

¹⁰⁷ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.798 de fecha 26.08.1983.

¹⁰⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 29.514 de fecha 21.05.1971.

¹⁰⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 29.523 de fecha 01.06.1971.

¹¹⁰ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.650 de fecha 19.03.1975.

¹¹¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.786 de fecha 04.09.1975.

¹¹² Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 2.012 de fecha 12.04.1977.

- *Resoluciones por las cuales se ordena la reedición de las Normas para Proyecto y Construcción de Edificios, Concreto Precomprimido, Normas para las Mediciones de Edificios, Instrucciones para Instalaciones Sanitarias de Edificios, Especificaciones Generales para la Construcción de Edificios y las Instrucciones para elaboración de planos para Edificios, segunda parte*¹¹³.
- *Resolución por la cual se ordena la reproducción de cuatro mil ejemplares de la publicación “Normas para Proyecto y Construcción de Edificios, Concreto Precomprimido”*¹¹⁴.
- *Resolución por la cual se dictamina como Oficial la edición del Manual de Vialidad Urbana*¹¹⁵.
- *Resolución sobre condiciones mínimas requeridas para la autorización de nuevas ciudades*¹¹⁶.
- *Resolución por la cual se dictan Normas y Procedimientos Técnicos para las Autorizaciones Administrativa*¹¹⁷.
- *Resolución por la cual se dispone que se tenga como oficial la edición de las “Normas para la Aplicación de Estándares Urbanísticos”, elaboradas por la Dirección General Sectorial de Desarrollo Urbanístico de este Ministerio*¹¹⁸.

Desde 1980 y hasta 1983, MINDUR dictará las resoluciones donde se aprueban los PLANES RECTORES DE DESARROLLO URBANO de las Áreas Metropolitanas de Acarigua-Araure, el Eje Cabimas-Ciudad Ojedamene Grande, Mérida-Ejido, Charallave, Cúa, Ocumare del Tuy, La Asunción, Caicara del Orinoco, Ospino, Villa de Cura, Aroa, Chivacoa, Yaritagua, San Felipe-Cocorote, Valle de la Pascua, Agua Blanca, San Antonio-Ureña-Aguas Calientes, Punto Fijo-Los Taques, Puerto Cabello-Morón, Barcelona-Puerto La Cruz, El Tigre-San José de Guanipa, Píritu-Puerto Píritu, Barinitas, San Joaquín-Mariara, Sector

¹¹³ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.423 de fecha 08.02.1978.

¹¹⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.796 de fecha 10.08.1979.

¹¹⁵ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.374 de fecha 14.12.1981.

¹¹⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.770 de fecha 19.07.1983.

¹¹⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.873 de fecha 13.12.1983.

¹¹⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.901 de fecha 20.01.1984.

Panamericana-Los Teques, Carora, Quíbor, Barquisimeto-Cabudare, Cumanacoa, Temblador, San Carlos de Cojedes, Tinaquillo, Puerto Ayacucho (Amazonas), Caucagua, Ciudad Fajardo y Trujillo.

Las Resoluciones traerán consigo como anexos la introducción de las denominadas <<*normas gráficas*>>, en las cuales, los planos, gráficos, dibujos y cuadros adquieren el carácter normativo como alguna vez lo determinara la Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (14.04.1997. Caso: *Electricidad de Caracas Vs. Ordenanza de Zonificación de Chacao de 1975*). Será el último tramo de la etapa histórica bajo análisis donde el Ministerio de Desarrollo Urbano establecerá lo más avanzado en planificación urbana para buena parte de las ciudades de mediana y gran magnitud poblacional. También, como parte de la política de sustitución normativa de los Municipios, MINDUR mediante Resolución, aprobarán las Ordenanzas de Áreas Especiales del Distrito Sucre del estado Miranda¹¹⁹, la de Zonificación de la ciudad de San Juan de Colón (Distrito Ayacucho del estado Táchira)¹²⁰, la de Zonificación del Sector Sureste del Distrito Sucre del estado Miranda¹²¹, la de Zonificación del Sector Los Mariches del Distrito Sucre del estado Miranda¹²² y la de Zonificación General del Distrito Sucre del estado Miranda¹²³.

De otros Ministerios resaltan las siguientes Resoluciones:

- Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (MSAS):

Resolución por la cual se prohíbe depositar, botar o abandonar toda clase de desperdicios¹²⁴, las Normas Sanitarias para el Agua Potable¹²⁵ y las Normas para la tramitación de Solicitudes para Urbanizar¹²⁶.

¹¹⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.325 de fecha 02.10.1981.

¹²⁰ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.365 de fecha 01.12.1981.

¹²¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.442 de fecha 26.03.1982.

¹²² Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.404 de fecha 29.01.1982.

¹²³ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.879 de fecha 21.12.1983.

¹²⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.450 de fecha 18.07.1974.

¹²⁵ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.963 de fecha 15.04.1980.

¹²⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.117 de fecha 24.11.1980.

- Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC):

Resolución que declara oficial las ediciones del Manual “Alcantarillas de Una Celda-Muros en Ala 30° y Losas de Entrada y Salida”¹²⁷, y “Alcantarillas de Dos Celdas-Muros en Ala de 45° y Losas de Entrada y Salida”. El Vocabulario Vial Venezolano que incorpora al país a la nueva jerga de identificación y señalización del sistema de vialidad urbana¹²⁸. También el MTC reguló el régimen de los servicios de taxis y carros libres, ordenando la incorporación del taxímetro en el Área Metropolitana de Caracas¹²⁹.

Como novedad en América Latina, durante el período estudiado se creó el primer ministerio con competencia exclusiva como ente regulador del ambiente. El extinto MARNR llevará la delantera en cuanto a reglas urbanísticas para el control ambiental. Se habla por primera vez del concepto *Certificación Urbanística Nacional*¹³⁰, modernizándose las *Normas Técnicas para la Construcción de Obras de Acueductos y Alcantarillados a nivel urbano*¹³¹, las regulaciones sobre la infraestructura especializada para el tratamiento de aguas servidas¹³² en las diferentes cuencas donde se ubican las principales ciudades del país, así como la actualización de las Normas para Movimiento de Tierra y de Conservación Ambiental con fines urbanísticos¹³³.

Como ha podido apreciarse en esta apretada auditoría normativa entre 1958 hasta 1983, la proliferación de reglas, aunado a un Estado con profesionales competentes sobre el ramo, nos hizo alcanzar la ilusión que habíamos logrado alcanzar al desarrollo. Podríamos en este tiempo hablar con toda propiedad de un rudimentario Derecho urbanístico venezolano, cincelado con las más avanzadas técnicas normativas del momento. Esta avalancha de leyes, decretos, resoluciones y actos administrativos edificarán una compleja red de normas que por su ambiciosa y muchas veces improvisada tendencia a controlar todo, termina

¹²⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.225 de fecha 02.05.1977.

¹²⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.225 de fecha 02.05.1977.

¹²⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.140 de fecha 05.01.1981.

¹³⁰ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.589 de fecha 09.10.1978.

¹³¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.969 de fecha 23.04.1980.

¹³² Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.018 de fecha 03.07.1980.

¹³³ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 32.887 de fecha 02.01.1984.

generando un caos por la dispersión reglamentaria. Normativamente el desgaste del modelo reglamentista se agotará con el Decreto n° 668 del Presidente Herrera (04.07.1980), que la realidad se encargaría de modificar, siendo objeto de fuertes críticas por expertos¹³⁴.

La nota negativa de este crecimiento exponencial de reglas urbanísticas, será el padecimiento del “SÍNDROME DE LA PERMISERÍA”, donde las regulaciones se transforman en un viacrucis para el urbanizador, constructor o proyectista, dadas las exigencias muchas veces “non sanctas” para adecuar el proyecto con este derecho.

1.2.2. La ejecución urbanística a través de la descentralización funcional o institucional.

Como hemos podido constatar, la aplicación de este entramado de reglas requirió una redimensión física de los órganos administrativos. Los viejos y nuevos ministerios se transformaron de ágiles entes burocráticos en pesados mamuts, donde la todopoderosa República de Venezuela ante el empuje de las Cien mil casas por año (1970), la democracia con energía (1974) y el VI Plan de la Nación (1979); queda postrada hasta llegar muchas veces al colapso.

La solución en boga de quienes tenían en su poder el control del aparato administrativo-urbanístico del Estado, era poner en marcha un ambicioso plan de *descentralización funcional*¹³⁵ en desmedro de la territorial. Surge entonces la figura del INSTITUTO AUTÓNOMO potenciada en la Constitución de 1961. Los Institutos más significativos serán:

- INSTITUTO AUTÓNOMO NACIONAL DE PARQUES (INPARQUES)¹³⁶.

¹³⁴ Véase BREWER-CARIAS, ALLAN R. “Comentarios a las Normas para el Desarrollo y Control de Urbanizaciones”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 3, 1980 (julio/septiembre), pp. 77-78.

¹³⁵ Sobre el tema y literatura jurídica de la época, véase CABALLERO ORTIZ, JESÚS. “La descentralización funcional”. En *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 8, 1981, pp. 5-25. GARRIDO ROVIRA, JUAN. “El Instituto Autónomo como forma jurídica de la Administración Pública Nacional Descentralizada en Venezuela”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 3, 1980, pp. 23-39.

¹³⁶ Ley de creación publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.223 de fecha 05.10.1973, reformada en Gaceta Oficial, extraordinario, n° 2.990 de fecha 21.07.1978.

- INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA (INAVI)¹³⁷.
- INSTITUTO MUNICIPAL DE ASEO URBANO (IMAU)¹³⁸.

Al mismo se conciben otras formas centralizadoras como las CORPORACIONES REGIONALES DE DESARROLLO, éstas últimas, sembradas a lo largo y ancho de la geografía nacional como mecanismo de Regionalización introducidas entre 1970 y 1972. También se desconcentrará el Estado por medio de Fondos patrimoniales especializados como es el caso de FONTUR¹³⁹ y FEDE¹⁴⁰. Las Fundaciones Públicas dedicadas al estudio del fenómeno municipal y por ende urbano, como había sido la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA COMUNIDAD Y FOMENTO MUNICIPAL (FONDOCOMUN), creada en 1962, terminaría sobredimensionándose en 1974¹⁴¹.

En cuanto a los Municipios, verán nacionalizarse su régimen jurídico cuando en 1978 se concrete la primera Ley Orgánica de Régimen Municipal¹⁴². Esta ley, en crítica del profesor Brewer, no actualizó ni concretizó al Municipio democrático, sino que regularía con carácter nacional el régimen municipal urbano de la administración centralizada¹⁴³.

1.2.3. El inicio de los estudios especializados en ordenación urbanística.

El impulso estatal de urbanización, trajo consigo la formación de un cuerpo profesional de primer nivel en las diferentes oficinas

¹³⁷ Ley de creación publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 1.746 de fecha 13.05.1975.

¹³⁸ Ley de Nacionalización y Coordinación de los Servicios de Recolección y Tratamiento para residuos, desechos y desperdicios en el Área Metropolitana de Caracas. Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 31.407 de fecha 17.08.1976.

¹³⁹ Ley que crea el Fondo Nacional de Desarrollo Urbano (FONDUR). Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.790 de fecha 09.09.1975.

¹⁴⁰ Decreto Presidencial n° 1.555 mediante el cual se procede a constituir la Fundación de Edificaciones y Dotaciones Educativas (FEDE). Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.978 de fecha 11.05.1976.

¹⁴¹ Decreto Presidencial n° 708, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 30.516 de fecha 30.07.1974.

¹⁴² Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 2.297 de fecha 18.08.1978.

¹⁴³ Véase BREWER-CARIÁS, ALLAN R. ... *Instituciones políticas y constitucionales* ... Tomo II, p. 589.

ministeriales así como en los innumerables institutos autónomos creados en esta época. El florecimiento de un sector del pensamiento cualificado, aunada a la experiencia profesional, facilitó el abordaje de inquietudes académicas en el ramo. Específicamente hacemos mención a la aparición de las primeras publicaciones especializadas en régimen jurídico-urbanístico, que hasta el sol de hoy, seguirán siendo emblemáticas y de obligatoria consulta.

Todos los profesores que en su oportunidad escribieron o se encontraron al frente de los diferentes seminarios o cátedras, se encontraban vinculados al Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. La primera publicación aparece en 1970, cuyo autor es el abogado LUIS TORREALBA NARVÁEZ¹⁴⁴, que lleva por título ASPECTOS JURÍDICOS DEL URBANISMO EN VENEZUELA. Posterior al trabajo supra citado, saldrán de imprenta importantes obras de los profesores ALLAN BREWER-CARIÁS¹⁴⁵, ANTONIO MOLES CAUBET¹⁴⁶, ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA¹⁴⁷, MAGDALENA SALOMÓN DE PADRÓN¹⁴⁸,

¹⁴⁴ El profesor ALLAN BREWER-CARIÁS, en 2012, escribió una reseña histórica de los aportes del profesor Torrealba Narváez dentro del Derecho administrativo [Véase *Consideraciones acerca de la jurisdicción contencioso-administrativa, su procedimiento, y algunas relaciones de éste con el de la jurisdicción judicial civil*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, Colección Clásicos Jurídicos n° 2, pp. 9-12]. Destaca Brewer la labor no sólo académica en relación al compromiso del profesor Torrealba Narváez y el urbanismo, sino haber participado como concejal del Distrito Federal (1969-1974), presidiendo las Comisiones Metropolitana de Urbanismo (1970-1974) y la de Urbanismo del Concejo Municipal del Distrito Libertador (1968-1970). También, “La Planificación Urbana Local y sus principales problemas jurídicos actuales en Venezuela”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 4 (octubre/diciembre 1980), pp. 55-70.

¹⁴⁵ Véase *El área metropolitana de Caracas y la Cooperación Intermunicipal en materia de Urbanismo*. Caracas, Comisión de Administración Pública, 1971, pp. 49-76. También, *Urbanismo y Propiedad Privada*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1980. También, “Comentarios a las Normas para el Desarrollo y Control de Urbanizaciones dictadas por Decreto n° 668 de 3 de julio de 1980”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 3 (julio/septiembre 1980), pp. 77-78.

¹⁴⁶ Véase “Planificación y zonificación en el Área Metropolitana de Caracas”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 5 (enero/marzo 1981), pp. 27-36. *Régimen jurídico del urbanismo en Venezuela y su relación con la autonomía municipal*. En: AAVV. *Derecho Urbanístico*. Caracas, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, 1983, pp. 485-512.

¹⁴⁷ Véase *Proceso urbano y municipio*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1978.

¹⁴⁸ Véase *Aspectos jurídicos de la ordenación del territorio: su ámbito y medios de acción*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977. También Organización administrativa del

GUSTAVO URDANETA TRONOCONIS¹⁴⁹, ANTONIO J. MACRIS¹⁵⁰, NELSON GEIGEL LOPE-BELLO¹⁵¹, OSCAR GÓMEZ NAVAS¹⁵², OMER LARES¹⁵³ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO¹⁵⁴.

Estos aportes doctrinales serán los primeros especializados, que fundamentarán la jurisprudencia de la flamante CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, creada en 1977 con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹⁵⁵. Esta época (1970-1982), es un tiempo de creación doctrinal abundante, cuyo culmen será el recordado *Seminario Internacional de Derecho Urbanístico* realizado en noviembre de 1980 como lo expone Brewer-Carías¹⁵⁶. Este encuentro internacional participaron lo más destacados profesores y profesionales de la materia, venezolanos y extranjeros no superado hasta entonces. Posterior a este tiempo, poco o casi nada se ha organizado en nuestra disciplina, salvo, los seminarios de los diferentes programas de especialización en Derecho Administrativo.

urbanismo. En: AAVV. *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981.

¹⁴⁹ Véase *La Ejecución del Urbanismo*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1980. También “Consideraciones generales sobre las competencias urbanísticas en Venezuela”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 6 (abril/junio 1981), pp. 77-80.

¹⁵⁰ Véase *Texto ordenado de la legislación urbanística en Venezuela*. Caracas, Ateneo de Caracas, 1980.

¹⁵¹ Véase *Autonomía municipal y urbanismo*. Caracas, Instituto de Estudios Regionales y Urbanos de la Universidad Simón Bolívar, 1972. También, *La defensa de la ciudad*. Caracas, Editorial de la Universidad Simón Bolívar, 1979.

¹⁵² Véase *Administración municipal y urbanización en Venezuela*. Caracas, Ediciones Equinoccio, 1983.

¹⁵³ Véase *Legislación urbanística comparada*. Caracas, Ediciones Fondo Común, 1971. También, en colaboración con ALBERTO MORALES TUCKER, véase *Tipología, Instrumentos y Procedimientos para la aplicación de Planes de Desarrollo Urbanístico*. Caracas, Ediciones Equinoccio, 1980.

¹⁵⁴ Véase *Política y ordenamientos jurídicos informales: notas para el estudio del Derecho de los asentamientos urbanos no regulados*. En: *Libro Homenaje a Rafael Pizani*. Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1979, pp. 269-283. También, en colaboración con PEDRO NIKKEN, ELIZABETH FASSANO y MARCOS VILERA. *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas*. Caracas, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1979.

¹⁵⁵ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 1.893 de fecha 03.07.1976.

¹⁵⁶ Véase *Presentación*. AAVV. *Derecho Urbanístico*. Caracas, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, 1983, p. 8.

1.3. El Plan Urbanístico como instrumento rector fundamental de normatividad urbanística (1983-2001).

Llega la década de los 80 del siglo XX y con ella la crisis fiscal asoma con la paralización de la frenética actividad urbanística de la década pasada. Los problemas acumulados reducen el impulso del Estado para darle paso al promotor privado como motor de urbanización. Ante este escenario, la vía reglamentaria y la descentralización funcional como paradigma del Derecho urbanístico entra en crisis. En 1983, vista las exigencias de tratadistas nacionales, e incluso, de reputados especialistas internacionales¹⁵⁷; el Congreso Nacional tras exhaustivas evaluaciones y reparos a varios proyectos aprueba la *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*¹⁵⁸.

La ley contempló algunas novedades y puso cierto orden en algunos aspectos dudosos. Primeramente, el alcance de la ley estuvo destinado hacia la *ordenación territorial*, entendida ésta como política que tiende a ordenar y distribuir en el espacio, las actividades económicas y humanas en la forma más adecuada, teniendo en cuenta las aspiraciones individuales y colectivas y la protección de los recursos naturales¹⁵⁹. Este cometido iba más allá de la mera ordenación urbana, ya que, en los tiempos de crisis económica la racionalización territorial se impone como política de Estado.

La ley fija los límites, formas, procedimientos y demás especificidades para elaborar un plan, que a su vez, los concibe como un sistema jerarquizado a nivel nacional, regional y urbano. De allí las razones por las cuales hayamos bautizado este tiempo como el paradigma del PLAN URBANÍSTICO o la reducción del Derecho Urbanístico al Plan, que en buena medida, a pesar de resultar a primera vista asfixiante, impuso orden ante la esquizofrenia jurídico-urbanística heredada del frenesí

¹⁵⁷ MODERNE, FRANK. *Necesidad y posibilidad de una Ley o de un Código de Urbanismo*. AAVV. *Derecho Urbanístico*. Caracas, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, 1983, Vol. V pp. 513-523.

¹⁵⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 3.238 de fecha 11.08.1983.

¹⁵⁹ Véase BREWER-CARIAS, ALLAN R. *Introducción al régimen jurídico de la Ordenación del Territorio*. En: *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, p. 15.

desarrollista de la Venezuela Saudita. Y ante la atomización que vivimos luego de 2011, que concordamos con lo expuesto a principios del siglo XXI por Rosito Arbia¹⁶⁰, lo que alguna vez criticáramos como un *simple régimen legal urbanístico*,; lo suspiramos ante el anomia actual.

1.3.1. La Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística y la formalización del Derecho Urbanístico del Plan.

El texto de la LOOT hace una distinción básica entre los planes nacionales y los regionales, diferenciados de los planes de ordenación urbanística. Quizá lo más importante de la ley, tiene que ver con la incorporación y consulta obligatoria a los Municipios respectivos (Arts. 52 y 55 LOOT) donde se esté elaborando el Plan. A su vez, la Ley introduce al régimen urbanístico venezolano tres principios advertidos por Brewer-Carías¹⁶¹, los cuales son:

- A. *Principio de la cooperación* entre los diversos organismos públicos (Arts. 26, 29 y 40).
- B. *Principio de la ejecución* pública y privada de estos planes (Arts. 30, 37 y 41).
- C. *Principio fundamental* de que los planes de ordenación del territorio son planes imperativos, no meras *CARTAS RETÓRICAS* sin valor alguno.

Dichos principios aunados a la constante referencia sobre la democratización racional de los planes, darán un vuelco al Derecho urbanístico experimentado en Venezuela. El acaparamiento exclusivo de la República en la planificación urbana comenzará a diluirse con esta novedosa ley. Además, la reducción presupuestaria iniciada a mediados

¹⁶⁰ ROSITO ARBIA, GIUSEPPE. *Breves notas sobre Derecho Urbanístico*. En: AAVV *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*. Madrid, Editorial Civitas-Thomson - Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, 2003, Tomo III, p. 3081.

¹⁶¹ BREWER-CARIÁS, ALLAN R. ... *Introducción al régimen jurídico de la Ordenación del Territorio*... p. 93.

de 1982, preparó el camino para el control y ordenación de ese inmenso mundo de Institutos Autónomos, Fundaciones, Fondos, Sociedades y Empresas del Estado creadas para paradójicamente *reordenar* el urbanismo en Venezuela como lo pudimos explicar en las páginas precedentes.

Pero, a pesar de los grandes avances obtenidos con la LOOT, no era una ley de ordenación urbanística, en el sentido de la totalidad, sino, que se reducía a establecer algunas bases genéricas -supletorias- que inciden sobre la ordenación urbanística. Era necesario un instrumento mucho más preciso para corregir los vicios en los procesos de urbanización de todo el país, con el agravante de que ahora los Municipios habían comenzado a entender su rol de primera autoridad urbanística.

Cuatro años más tarde, ya finalizando 1987, por fin Venezuela dispondrá de una *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*¹⁶². Sobre sus antecedentes y vicisitudes históricas nos remitiremos al trabajo publicado por JUAN GARRIDO ROVIRA¹⁶³. La nueva ley mantuvo el sistema de planes de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, con la diferencia que ahora entraba de lleno en la planificación urbanística con sus sistema de fuentes. De los planes novísimos, se introducen el *Plan de Ordenación Urbanística* (mejor conocido como POU) y el *Plan de desarrollo urbano local*, mejor conocidos como PDUL. La simbiosis entre ambos implica una racionalización del suelo urbano mucho más detallada y acorde con las realidades del lugar, incluyendo variables económicas y ambientales, tal y como se desprende de las directrices que sobre éstos últimos elabora la LOOU (Art. 34).

Con la LOOU, el PDUL reasume el protagonismo en la ordenación urbanística sosegados por décadas de proliferación normativa como hemos visto, por cuanto, aquéllos últimos (anteriormente bajo el rótulo de Ordenanzas de Zonificación) habían sido motores para el desarrollo de las ciudades en Venezuela, dada su comprobada efectividad y novedad, inclusive, en Iberoamérica. Hoy cuando estamos ante los primeros 30 años de la LOOU, todavía una la gran cantidad de Municipios venezolanos carecen de PDUL (sólo 16 de 335 municipios).

¹⁶² Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 33.868 de fecha 16.12.1987.

¹⁶³ GARRIDO ROVIRA, JUAN. *Ordenación Urbanística*. Caracas, Editorial Arte, 1988.

Pero la LOOU no se contentó con agotarse en el sistema de planes, sino que sinópticamente reguló la ordenación urbanística en sus módulos centrales, los cuales son a nuestro juicio, los siguientes

- *El sistema de competencias urbanísticas concurrentes*: Distribuidos sólo entre el Ejecutivo Nacional y los Municipios. La LOOU vino a ratificar lo que instintivamente se había asumido desde 1947 en materia de competencias urbanísticas: La República el **elemento técnico-urbanístico** y el Municipio la **disciplina urbanística**.
- *El régimen estricto de los cambios de zonificación*¹⁶⁴: Con su correspondiente procedimiento de consultas y dictámenes técnicos (Art. 46), prohibiéndose los cambios aislados y singularmente propuestos de zonificación (Art. 113).
- *El régimen urbanístico de la propiedad*¹⁶⁵: Compuesto por el corolario de la función social de la misma (Art. 52), las expropiaciones (Arts. 53 y 54) y las reservas públicas del suelo urbano (Art. 55).
- *Las formas y modalidades de ejecución del Desarrollo Urbano*¹⁶⁶: Partiendo del principio de colaboración entre la Administración Pública y los particulares (Art. 60).
- *Los mecanismos de participación ciudadana*: (Vgr. Asociaciones de Vecinos, el Síndico Vecinal) en lo que la LOOU bautiza como *defensa y mantenimiento del orden urbanístico* (Arts. 102 al 108). En relación a este punto, en 1990 se dicta **EL REGLAMENTO DE LA LOOU**¹⁶⁷ el cual desarrollará los mecanismos de participación ciudadana en consultas urbanísticas.

¹⁶⁴ Véase NEHER A., JORGE. “El procedimiento para la defensa de la zonificación en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 36, 1988 (octubre/diciembre), pp. 23-37.

¹⁶⁵ Véase al respecto, TURUHPIAL CARIELLO, HÉCTOR. “Las limitaciones al derecho de propiedad y su sujeción a los principios generales del derecho”. En: *Revista de Derecho Urbanístico*. Caracas, Editorial Urbanitas, n° 1 (enero/abril) 1993, pp. 71-82.

¹⁶⁶ Véase ARAUJO GARCÍA, ANA ELVIRA. “La ejecución del urbanismo. Técnicas de ejecución del urbanismo”. En: *Revista de Derecho Urbanístico*. Caracas, Editorial Urbanitas, n° 0, 1992, pp. 17-23.

¹⁶⁷ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 4.175 de fecha 30.03.1990.

- *La atribución como competencia exclusiva de los Municipios:* En aquellos casos donde no existieren planes de ordenación urbanística, ni de desarrollo urbano local, ni ordenanzas de zonificación (Art. 125).

Curiosamente la LOOU dejó pasar por alto la delicada materia del silencio administrativo, por lo que la jurisprudencia definiría esta laguna. En dos períodos nítidamente definidos, encontraremos una primera etapa donde por vía analógica se aplicaba el SILENCIO POSITIVO previsto en la LOOT (1983-1999). La segunda etapa comienza en 1999 cuando la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (Caso *Sindicato Agrícola 168*) abandona el criterio del silencio positivo para adecuarse al régimen general del SILENCIO NEGATIVO previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo)¹⁶⁸.

1.3.1.1. Las Variables Urbanas Fundamentales.

Una de las novedades que trajo consigo la LOOU fue la introducción del concepto de Variables Urbanas, que el texto le adiciona el predicado de *fundamentales*. A nivel global, las denominadas vinculaciones urbanísticas se circunscriben bajo múltiples técnicas y mecanismos operativos, sobresaliendo la técnica de zonificación, así como la identificación de unas Variables Urbanas que son imprescindibles que sean respetadas por el urbanizador o edificador.

Las Variables Urbanas Fundamentales son, en la definición de Grimaldi, *condiciones o características, por una parte, a las actividades posibles de localizar en los inmuebles, y por la otra, a la adaptación que es necesario formular en los mismos a fin de que puedan alojar esas actividades*¹⁶⁹. En la LOOU las mismas se identifican en los

¹⁶⁸ Véase AGUERREVERE, DOLORES. *Pensando en una Nueva Ley Urbanística (I): El silencio administrativo ante los proyectos de edificación y urbanización*. En: AAVV *Libro Homenaje al padre José del Rey Fajardo sj*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2005, Tomo II, pp. 1189-1201. También, véase TURUHPIAL CARIELLO, HÉCTOR. “La procedencia del silencio administrativo positivo en materia urbanística”. En: *Revista de Derecho Urbanístico*. Caracas, Urbanitas, n° 4, 1994 (enero/abril), pp. 7-22.

¹⁶⁹ GRIMALDI CASTRO, LINDOLFO. *Interpretación y Reglamentación de las Variables Fundamentales*. Caracas, Cuadernos de la Universidad Simón Bolívar, Serie Urbanismo n° 2, 1994, p. 11.

artículos 86 y 87, según la modalidad de ejecución asumida, sea la Urbanización (7 variables)¹⁷⁰ o la Edificación (8 variables)¹⁷¹. A estas Variables Urbanas Fundamentales se le adicionará, en 1996, las denominadas VARIABLES URBANAS AMBIENTALES¹⁷², sin alterar la técnica asumida en la LOOU para materializar las vinculaciones urbanísticas.

Con la introducción de las Variables Urbanas Fundamentales como una suerte de *check list*, la actividad de adecuación de los proyectos a la normatividad urbanística se hizo más orgánica y sistemática. Con la LOOU no será necesario acudir a los cientos de reglamentos dictados con anterioridad, salvo, que alguno de aquéllos contemplara algunas de las Variables Urbanas señaladas. Las Variables Urbanas serán un avance significativo en la construcción del Derecho urbanístico que perfeccionamos con la LOOU.

1.3.1.2. El procedimiento administrativo urbanístico común: el fin del permiso de construcción.

Uno de los problemas más acuciantes que trajo consigo ese régimen jurídico del urbanismo heredado de los setenta, fue la proliferación de alcabalas municipales, donde, la obtención de los entonces denominados PERMISOS DE CONSTRUCCIÓN, representaba una titánica tarea, amén que cada municipio en su ordenanza regulaba procedimientos muy diferentes. Con la LOOU, nace el Procedimiento Administrativo Urbanístico unificado, que como bien lo señalara Brewer-Carías “(...)

¹⁷⁰ Las variables en las “URBANIZACIONES” serán: 1. El uso correspondiente, 2. El espacio requerido para la trama vial arterial y colectora, 3. La incorporación de la trama vial arterial y colectora, 4. Las restricciones por seguridad o por protección ambiental, 5. La densidad bruta de la población prevista en el Plan, 6. La dotación, localización y accesibilidad de los equipamientos de acuerdo con las respectivas normas.

¹⁷¹ Las variables en las “EDIFICACIONES” serán: 1. El uso previsto en la zonificación, 2. El retiro de frente y el acceso según lo previsto en el plan para las vías que colindan con el terreno, 3. La densidad bruta de la población prevista en la zonificación, 4. El porcentaje de ubicación y el porcentaje de construcción previstos en la zonificación, 5. Los retiros laterales y de fondo previstos en la zonificación, 6. La altura prevista en la zonificación, 7. Las restricciones por seguridad o por protocolo ambiental, 8. Cualesquiera otras variables que los planes respectivos impongan a un determinado lote de terreno.

¹⁷² Decreto Presidencial n° 1.257 relativa a las *Normas sobre evaluación ambiental de actividades susceptibles de degradar el Ambiente*. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 35.946 de fecha 26.04.1996.

*La Ley Orgánica, aun cuando en su elaboración pretendió eliminar la “permisería”, y en particular, la figura del **Permiso de Construcción**, como figura autorizatoria para el control del desarrollo urbanístico, sin embargo, no logró el objetivo proyectado, pues aun con otro nombre y otros trámites, continuó el sistema autorizatorio previo, declarativo de los derechos de uso, regulando además sistemas de controles concomitantes y posteriores a los desarrollos urbanísticos, aun cuando más simplificados (...)”*¹⁷³. Sin embargo, la LOOU para atacar la dispersión municipal exaltada con abundante “permisología” (SIC), asumió el sistema de verificación para la emisión de lo que jurídicamente conocemos desde 1987 como: LA CONSTANCIA DE ADECUACIÓN A LAS VARIABLES URBANAS FUNDAMENTALES. La misma se encuentra contemplada en el artículo 85 de la LOOU bajo el siguiente tenor:

“(...) Los organismos municipales dispondrán de un plazo de treinta (30) días continuos, en el caso de edificaciones o de noventa (90) días continuos, en el caso de urbanizaciones, para **constatar únicamente** que el proyecto presentado se ajusta a las variables urbanas fundamentales establecidas en esta Ley. Cumplida la constatación, el organismo municipal, visto el informe del inspector asignado o contratado para la obra, **expedirá al interesado la constancia respectiva dentro del plazo previsto en este artículo.**

Dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición de la constancia, el interesado presentará a los organismos de la administración urbanística nacional que corresponda, duplicados del expediente y de la referida constancia. Estos expedirán al interesado un recibo de la citada copia (...)” (negritas nuestras)

El artículo obligó la modificación de las Ordenanzas Municipales sobre Procedimientos de Construcción en todo el país, las cuales, buena parte de ellas se crearon desde el documento base elaborado para ese entonces por FUNDACOMUN. Se eliminó formalmente la expedición de un permiso de construcción previo para iniciar un proyecto, por una notificación que debía realizar el constructor al Municipio, so pena que

¹⁷³ BREWER-CARIÁS, ALLAN R. *Introducción general al régimen legal de la Ordenación Urbanística*. En: AAVV. *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1989, p. 51.

al constatarse la obra y ésta violare las Variables Urbanas Fundamentales conllevara la demolición y otras sanciones adicionales. En pocas palabras, el procedimiento era expedito y a pesar de su redacción traía retrasos injustificados en las Direcciones Municipales de Control Urbano más por la falta de personal cualificado que por omisiones en las Ordenanzas.

Así como encontramos la Constancia de Adecuación, la LOOU contempla también otros procedimientos comunes, tales como la Consulta Preliminar de Variables Urbanas Fundamentales (Art. 81), y la expedición del *Certificado de Terminación y Recepción de Obra* (Arts. 95-98), mejor conocido coloquialmente como la <<HABITABILIDAD>>

De esta manera, la unificación de los procedimientos de construcción como se les conoce de forma legal al régimen autorizatorio urbanístico, facilitará la concreción de un Derecho administrativo formal-urbanístico, donde, la seguridad jurídica sobre la aplicación de reglas así como qué es en sí lo que autoriza el Municipio; será un salto cualitativo lamentablemente amenazado desde 2012 cuando se publicó en Gaceta Oficial la LEY CONTRA LA ESTAFA INMOBILIARIA¹⁷⁴. Instrumento jurídico sobre el cual interpusimos un recurso de nulidad (parcial) por inconstitucionalidad¹⁷⁵.

1.3.2. Renovación doctrinal y jurisprudencial: el desarrollo de una jurisprudencia urbanística pionera en América Latina.

El impulso del Derecho urbanístico del Plan, traerá consigo nueva literatura jurídica que será, hasta nuestros días, la única existente. Junto a las decenas de obras publicadas en la década de los 70 e inicios de los 80, autores nacional otorgarán un sello definitivo a la disciplina. Entre ellos tenemos a JUAN GARRIDO ROVIRA¹⁷⁶, la compilación

¹⁷⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 39.912 de fecha 30.12.2012.

¹⁷⁵ En efecto el recurso en la actualidad se encuentra en fase de sentencia ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Expediente n° 2013-583. Para más detalles, véase URBINA MENDOZA, EMILIO J. *El retorno del Permiso de Construcción: La reforma de los procedimientos administrativos urbanísticos en la Ley contra la Estafa Inmobiliaria*. Caracas, FUNEDA, 2013.

¹⁷⁶ GARRIDO ROVIRA, JUAN. *Ordenación Urbanística. Prólogo de Arnoldo José Gabaldón*. Caracas, Editorial Arte, 1988.

jurisprudencial del profesor CARLOS AYALA CORAO¹⁷⁷, la obra multidisciplinaria renovada del profesor NELSON GEIGEL LOPE-BELLO¹⁷⁸, los trabajos sobre participación ciudadana y urbanismo, incluyendo la historia del Derecho urbanístico por ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA¹⁷⁹. OSCAR GÓMEZ NAVAS¹⁸⁰ y GUSTAVO CASAL NONES¹⁸¹ poseen obras relativas a los comentarios legales. Se publica una exégesis sistematizada de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, resaltando las sucesivas ediciones de la obra colectiva¹⁸² donde participaron ALLAN BREWER-CARIÁS, CECILIA SOSA GÓMEZ, CARLOS AYALA CORAO Y HUMBERTO ROMERO-MUCI.

Además de los estudios monográficos, aparecen publicados completos análisis de casos forenses emblemáticos en materia urbanística¹⁸³, así como, artículos especializados en la *Revista de Derecho Público*. El *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* también editará trabajos relativos al urbanismo y al Derecho urbanístico, según lo resalta la investigación histórico-documental realizada por el profesor CARLOS GARCÍA SOTO¹⁸⁴. Más reciente, tenemos el libro colectivo editado por

¹⁷⁷ AYALA CORAO, CARLOS. *Jurisprudencia de Urbanismo*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1988.

¹⁷⁸ LOPE-BELLO, NELSON GEIGEL. *Introducción al urbanismo y al Derecho urbanístico*. Caracas, Ediciones de la Universidad Simón Bolívar, 1993. Dentro de la colección “Urbanismo, Estado y Derecho”, aparecen luego otros volúmenes intitulados *Urbanismo, poder público y participación ciudadana*. Caracas, Ediciones de la Universidad Simón Bolívar, 1993. *Planificación y Urbanismo*. Caracas, Ediciones de la Universidad Simón Bolívar, 1994. *Ejecución y control del urbanismo*. Caracas, Ediciones de la Universidad Simón Bolívar, 1994.

¹⁷⁹ Véase *Comentarios generales a la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*. Caracas, Prohombre, 1988. También, *Comunidad, urbanismo y construcción en Venezuela: aspectos jurídicos*. Caracas, Prohombre, 1993. Véase el libro *Fundamentos de Derecho Urbanístico: una aproximación jurídica a la ciudad*. Caracas, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2010.

¹⁸⁰ Véase *Régimen municipal y ordenación urbanística entre la letra de la Ley y las prácticas del sistema*. Baruta, estado Miranda, Ediciones de la Universidad Simón Bolívar, 1996. Cuadernos serie Ciudad y Arquitectura, n° 3.

¹⁸¹ Véase *Ley y Urbanismo en Venezuela*. Caracas, Ediciones Magón, 1985.

¹⁸² Véase *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Colección de Textos legislativos n° 6, 1989.

¹⁸³ Véase BREWER-CARIÁS, ALLAN R; AYALA CORAO, CARLOS. *Caso del Monstruo de los Paños Grandes*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993, Serie: Opiniones y Alegatos Jurídicos.

¹⁸⁴ GARCÍA SOTO, CARLOS. *El derecho administrativo en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. En: AAVV. *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y*

la firma BADELL & GRAU¹⁸⁵, así como la monografía del profesor GUSTAVO URDANETA TROCONIS¹⁸⁶, y HÉCTOR TURUHPIAL CARRIELLO¹⁸⁷.

Desde el punto de vista editorial debemos resaltar la creación de la *Revista de Derecho Urbanístico*, cuya iniciativa se corresponde a la Fundación Urbanitas y que representó lo más avanzado en publicaciones de su estilo en Suramérica. La revista logró editar entre 1992 y 1994, siete números (0-6) donde no sólo aparecen artículos de reconocidos especialistas, sino, la reseña jurisprudencial urbanística del momento. Lamentablemente, la dinámica del país, aunado a la crisis que devino el modelo democrático a finales de los 90, insidió sobre las iniciativas académicas hemerográficas.

Si la doctrina logra una redimensión, la jurisprudencia urbanística asumirá paradigmas inéditos en el continente. En especial debemos hacer énfasis que la creación pretoriana del Derecho urbanístico venezolano, es fundamentalmente hablar de la CORTE PRIMERO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, y en algunos casos, de la extinta Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Desde 1985, sus fallos han incidido en el moldeo del Derecho urbanístico patrio. Por ejemplo, avances significativos se logró en materia de cambios de zonificación y sus principales connotaciones¹⁸⁸, permisos de

Sociales en el Centenario de su Fundación 1915-2015. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015, Tomo I, pp.3-22.

¹⁸⁵ AAVV. *Régimen jurídico del urbanismo: adaptado a la nueva Constitución*. Caracas, Cuadernos jurídicos Badell & Grau, 2000.

¹⁸⁶ Véase *Marco jurídico del urbanismo en Venezuela*. Caracas, FUNEDA, 2009.

¹⁸⁷ Véase *Temas de Derecho urbanístico*. Caracas, FUNEDA, 2011.

¹⁸⁸ La jurisprudencia urbanística de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa, ha sido publicada en la sección jurisprudencial de la *Revista de Derecho Público* (RDP). Véase *Caso Corporación Par, C.A. Vs. Municipalidad del Distrito Sucre*, RDP n° 24/1985, pp. 187-188. *Caso Varios Vs. Concejo Municipal del Distrito Brión del estado Miranda*, RDP n° 25/1986, pp. 151-153. *Caso Promociones Heizam, S.A.*, RDP n° 27/1986, pp. 138-141. *Caso Promecon A.C. Vs. Concejo Municipal del Distrito Sucre del estado Miranda*, RDP n° 30/1987, pp. 170-176. *Caso Helena Paneyko de Bonvadallp Vs. Concejo Municipal del Distrito Sucre*, RDP n° 33/1988, pp. 154-157. *Caso Inversiones Edén C.A. Vs. Concejo Municipal del Distrito Sucre del estado Miranda*, RDP n° 42/1990, pp. 158-159. *Caso Parque Residencial Boleíta C.A. Vs. Concejo Municipal del Distrito Sucre del estado Miranda*, RDP n° 45/1991, pp. 174-176. *Caso Varios Vs. Concejo Municipal del Distrito Sucre del estado Miranda*, RDP n° 53-54/1994, pp. 398-401. *Caso Luciano Reschini Vs. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables*, RDP n° 67-68/1996, pp. 410-411. *Caso Promotora Villagrieta C.A. Vs. Instituto Municipal del Ambiente de la Alcaldía del*

construcción¹⁸⁹, silencio administrativo urbanístico¹⁹⁰ y por supuesto, régimen expropiatorio y sancionatorio¹⁹¹. Incluso, se adelantó una materia polémica en el contencioso-administrativo, como es la capacidad de sustitución del juez administrativo en la autoridad urbanística¹⁹², bordeando fronteras bien delimitadas por el Principio de Separación Orgánica del Poder Público.

1.3.3. La descentralización político-administrativa y el reimpulso de los Planes de Desarrollo Urbano Local (PDUL).

Si el período 1961-1982 se decantó por la *descentralización Institucional*, luego de 1989, la descentralización será de corte *político-administrativo*. La implementación de un nuevo régimen municipal

Municipio Valencia del estado Carabobo, RDP n° 83/2000, pp. 460-461. Caso *Belmore Trading Ltd. Vs. Gobernación del estado Vargas*, RDP n° 84/2000, pp. 402-404. Caso *Impugnación del Plan Especial "Centro Cívico de Chacao" y la Ordenanza de Zonificación del Centro Cívico de Chacao del Municipio Chacao del estado Miranda*, RDP n° 102/2005, pp. 103-105.

¹⁸⁹ Véase RDP n° 30/1987, pp. 176-177. Véase Caso *Tropiburger S.A.* de fecha 17.05.1984. Véase Caso *Desarrollos Tercera Avenida (Monstruo de los Palos Grandes)*, de fecha 14.12.1989. Véase Caso *Willie the Hippo's Mundo de Diversiones C.A. Vs. Alcaldía del Municipio Chacao del estado Miranda*, RDP n° 84/2000, pp. 404-406.

¹⁹⁰ Véase Caso *Urbanizadora Pedregal C.A. Vs. Concejo Municipal del Distrito Iribarren del estado Lara*, RDP n° 36/1988, pp. 72-74. Caso *Urbanizadora B.H.O.* de fecha 20.12.1991, Caso *Sindicato Agrícola 168, C.A.* 1999. Caso *Corporación Macizo del Este C.A. e Inversiones Los Aceites*, de fecha 09.08.2000 y 21.12.2000. Caso: *Inmobiliaria 4000 C.A.* de fecha 02.10.2001. Caso: *Juan Manuel Perret Vs. Directora de Ingeniería y Planeamiento Urbano de la Alcaldía del Municipio Sucre del estado Miranda*, RDP n° 99-100/2004, pp. 219-222. Caso *Sindicato Agrícola 168 C.A. Vs. Alcaldía del Municipio Baruta del estado Miranda*, RDP n° 103/2005, pp. 88-95. Caso *Concejo Municipal de Baruta del estado Miranda Vs. CPCA*, RDP n° 105/2006, pp. 163-164. Caso *Inversiones y Cantera Santa Rita, C.A. Vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente*, RDP, n° 111/2007, pp. 206-208.

¹⁹¹ Véase RDP n° 38/1989, pp. 150-153. RDP n° 40/1989, p. 143. RDP n° 43/1990, pp. 151-153. RDP n° 44/1990, p. 209. RDP n° 51/1992, pp. 235-236. RDP n° 57-58/1994, pp. 423-424. RDP n° 57-58/1994, pp. 427-429. RDP n° 69-70/1997, pp. 397-403. RDP n° 71-72/1997, pp. 303-307. RDP n° 107/2006, pp. 150-156.

¹⁹² Véase Caso *Administradora Granja La California Vs. Dirección de Ingeniería y Planeamiento Urbano Local del Municipio Sucre del estado Miranda*, de fecha 08-09.1995. La sentencia puede consultarse en la obra de BREWER-CARIAS, ALLAN R.; ORTÍZ-ÁLVAREZ, LUIS. *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1996, pp. 1014-1024.

en 1989¹⁹³, así como de los dispositivos previstos en la novísima LEY ORGÁNICA DE DESCENTRALIZACIÓN, DELIMITACIÓN Y TRANSFERENCIAS DE COMPETENCIAS DEL PODER PÚBLICO NACIONAL A LOS ESTADOS Y MUNICIPIOS¹⁹⁴; facilitarán un proceso de descentralización que consolidará las directrices normativas urbanísticas más enfocadas hacia el Municipio que la propia República. Además, el proceso de privatizaciones de las empresas públicas, permitirían al sector empresarial privado la gestión de servicios públicos o la construcción de nueva infraestructura urbana por vía de la Concesión¹⁹⁵.

Tanto la segunda administración del Presidente Pérez (1989-1993), como el interinato del Senador Ramón J. Velásquez (1993-1994) y las directrices del IX Plan de la Nación (*Un Proyecto de País 1995*) diseñado por el equipo del segundo período de Rafael Caldera; enfatizaron el desmontaje de toda esa maquinaria jurídico-urbanística centralizada, donde, por primera vez se le da primacía a la asociación entre urbanismo e impacto ambiental.

En materia urbanística, se dictaron algunos reglamentos parciales de la Ley Orgánica de Descentralización, que si bien no regulaban directamente, por vía incidental afectaron aspectos urbanos de suma importancia. Dichos reglamentos se circunscribieron a la regulación de las transferencias de los servicios públicos nacionalizados en la década de los setenta¹⁹⁶, el transporte, tránsito y circulación¹⁹⁷ y la creación de un Fondo económico (FIDES)¹⁹⁸ de apoyo a todas las iniciativas y

¹⁹³ *Ley Orgánica de Régimen Municipal*, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 4.133 de fecha 28.12.1989.

¹⁹⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 4.133 de fecha 28.12.1989. Esta ley fue reformada en 2003, donde se le eliminó el agregado “Poder Público Nacional a los Estados y Municipios”. Reforma publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 37.753 de fecha 14.08.2003.

¹⁹⁵ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley n° 188, mediante el cual se dicta la Ley de Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 4.719 de fecha 26.04.1994.

¹⁹⁶ Decreto Presidencial n° 3.250 de fecha 18.11.1993.

¹⁹⁷ Decreto Presidencial n° 3.121 de fecha 02.09.1993.

¹⁹⁸ El FIDES (Fondo Intergubernamental para la Descentralización) fue aprobado por Decreto Presidencial n° 3.265 de fecha 25.11.1993. Elevado a jerarquía legal con la Ley del FIDES (Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 5.132 de fecha 03.01.1997). Desde entonces fue la fuente por excelencia del financiamiento de la

proyectos de las personas públicas territoriales menores, donde los principales beneficiarios eran los Municipios¹⁹⁹.

El gran resultado de este proceso descentralizador será el protagonismo que adquirirá la figura del Plan de Desarrollo Urbano Local (PDUL), los cuales, comenzarán a ser confeccionados a finales del siglo, así como, una renovación completa al concepto del Plan de Ordenación Urbanística (POU). Las reinversiones parten desde el propio MINDUR que aceptará la elaboración de los PDUL en las regiones, y no desde las oficinas del Ministerio en Caracas.

Muy a pesar de las iniciativas descritas, la crisis de los años 90 conjugados con los grandes avances en ingeniería e informática, obligarán al Ejecutivo Nacional a la formulación de nuevas reglamentaciones, más acordes con el desarrollo científico de las nuevas maneras de hacer urbanismo, armonizadas con el ambiente. Como bien lo afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, el urbanismo contemporáneo *-el que no se detiene-* incide sobre las viejas estructuras administrativas obligándolas a cambiar²⁰⁰. Entre estas nuevas formas de protección al ambiente a través de las técnicas urbanísticas, tenemos las relativas a las obras hidráulicas afectadas al servicio de abastecimiento de agua a las poblaciones²⁰¹, el control y clasificación de los cuerpos de agua, vertidos o efluentes líquidos²⁰², control de polución ambiental y emisiones contaminantes²⁰³, y por supuesto, lo referente a la descentralización del equipamiento urbano²⁰⁴.

Descentralización venezolana hasta su erradicación actual tras una gradual minimización a mediados de 2000 cuando el Presidente Chávez ordenó modificar su ley.

¹⁹⁹ Decreto Presidencial n° 796, mediante el cual se dicta el Reglamento sobre la Participación de los Municipios en los Recursos del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES). Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 35.779 de fecha 22.08.1995.

²⁰⁰ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La organización administrativa del urbanismo. Competencias nacionales, regionales y municipales. Sistema de organización y funcionamiento. Coordinación administrativa*. En: AAVV. *Derecho Urbanístico*. Caracas, Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, 1983, Vol. V, p. 197.

²⁰¹ Decreto Presidencial n° 750, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 35.764 de fecha 02.08.1995.

²⁰² Decreto Presidencial n° 883, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 35.861 de fecha 18.12.1995.

²⁰³ Decreto Presidencial n° 1.235, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 5.054 de fecha 27.03.1996.

²⁰⁴ Decreto Presidencial n° 1.451, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 36.043 de fecha 13.09.1996.

1.4. La popularización horizontalista de los planes y normas urbanísticas (2002-2010)

Ya entrado 1998, todo el país se verá sacudido por el cambio del régimen político instalado en 1958. Nuevos actores se yerguen sobre la cansada democracia de partidos venezolana. Una constituyente, con el predicado de «revolucionaria», vendría a cambiar algunas reglas del juego urbanístico ya concienciado y municipalizado, tras décadas de ensayo y error. El lenguaje «participación popular» cambia el idioma urbanístico venezolano acostumbrado al abecedario del sistema de planes desde la puesta en vigencia de las leyes de ordenación territorial (LOOT) y urbanística (LOOU).

De la Asamblea Constituyente, inspirada en las ideas presidenciales de Chávez sobre una nueva República, saldría la nueva Constitución de 1999, enmendada en 2009. El tenor del dispositivo 156.19 constitucional quedaría de la misma forma que el 136 de la Constitución de 1961, manteniendo el esquema competencial urbanístico desde 1947. El único agregado será la coletilla “(...) y la legislación sobre ordenación urbanística (...)”. Los Municipios conservarán sus potestades, esta vez, la Constitución demarcará a la ordenación urbanística como la primera de las atribuciones exclusivas de los Municipios (Art. 178.1), por cierto éste último punto fue de polémica discusión²⁰⁵ con motivo a las nuevas competencias del Distrito Metropolitano de Caracas conformado por varios Municipios.

Para no recordar, el referéndum constitucional del 15 de diciembre de 1999, se realizará en medio de la peor tragedia urbana nacional: *el deslave de Vargas*. Según las estadísticas oficiales, más de 20000 personas perdieron la vida y los daños materiales ocasionados por las incessantes lluvias destruyeron casi la totalidad de los urbanismos ubicados en todo el litoral del Estado Vargas. La naturaleza no cobra por mero capricho, sino, por el autismo de una urbanización irresponsable.

²⁰⁵ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n° 1.563 del 13 de diciembre de 2000. Para más detalles sobre las críticas y valoraciones sobre dicha sentencia, véase BREWER-CARIAS, ALLAN R. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2004, Tomo I pp. 415-436.

La catástrofe urbana de Vargas, la nueva retórica presidencial, la exaltación popular hacia la ocupación ilegal de inmuebles urbanos y el espíritu tumultuario de la REVOLUCIÓN BOLIVARIANA, sembrarán dudas acerca de la eficacia del centenar de normas regulatorias de la ciudad venezolana, incluyendo la LOOU. La propiedad privada urbana se ve asaltada por la ductilidad en la cual se interpreta su carácter de *función social*. El modelo económico de la Constitución de 1999 nos retrotraerá al estatismo experimentado durante la década de los 70, esta vez, con el fin de revertir todo el proceso privatizador y aquellas corporaciones intermedias catalogadas como entes burocráticos con logros demasiado magros. El país entra en el año 2000 en una nueva era de bonanza económica, sugerida por la escalada inimaginable de los precios del petróleo entre los años 2004 y 2008.

Se erigen nuevos Fondos que buscan consolidar los ya existentes en áreas de interés urbano²⁰⁶. La vivienda adquiere crítica importancia y se refaccionan los dispositivos legales de la materia. Todo apunta a la repetición de una remozada GRAN VENEZUELA, pero, sustancialmente diferenciada en lo que respecta al protagonismo que adquiere el chavismo y por sobre todo, el carácter abiertamente SOCIALISTA asumido por el gobierno en 2005²⁰⁷.

En el nuevo atlas político-administrativo territorial, la entonces Comisión Legislativa Nacional (Congresillo) dictará importantes referentes relacionados con el urbanismo, como es el caso de la LEY DE GEOGRAFÍA, CARTOGRAFÍA Y CATASTRO NACIONAL²⁰⁸ donde se concibe al

²⁰⁶ Decreto Presidencial n° 301 que establece la Ley del Fondo Único Social. Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 36.800 de fecha 04.12.1999. Decreto Presidencial n° 413 que establece la reforma a la Ley del Fondo de Crédito Industrial (FONCREI). Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, n° 5.396 de fecha 25.10.1999.

²⁰⁷ Entre 1999 y 2004, el gobierno del Presidente Chávez nunca hizo alusión directa al socialismo como norte ideológico de la Revolución Bolivariana. La adhesión a la tesis socialista salió a la luz pública en su discurso durante el acto de instalación de la IV Cumbre de la Deuda Social (24/02/2005). En el mismo, el Jefe del Estado venezolano enfatizó «No tengo dudas, es el socialismo». Desde entonces, el vocablo ha estado presente en la teoría del gobierno bolivariano. Para más detalles, Cfr. Diario el Universal [en línea] Caracas, edición del 25 de febrero de 2005 [<http://www.eluniversal.com>].

²⁰⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 37.002 de fecha 28.07.2000.

nuevo INSTITUTO GEOGRÁFICO SIMÓN BOLÍVAR como órgano rector de la materia. Ésta nueva corporación descentralizada funcionalmente a su vez, dictará la RESOLUCIÓN 54²⁰⁹ relativo a las *Normas para la Formación y Conservación del Catastro Nacional*.

Jurídicamente, entre 2000 y 2004, las iniciativas legislativas tendrán eco con la promulgación de nuevos decretos-leyes sobre puertos, ferrocarriles, tránsito terrestre, planificación²¹⁰ y los CONSEJOS LOCALES DE PLANIFICACIÓN PÚBLICA²¹¹. La frenética ambición del Ejecutivo Nacional por regular todo, terminará por hacer una reedición del comportamiento gubernamental de la década del 70 del siglo XX. Inclusive, se logra modificar la antigua LEY DE EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O SOCIAL²¹², adaptando el nuevo texto a las exigencias socio-urbanas de estos tiempos como el ambiente²¹³ sea cual sea su modalidad²¹⁴.

1.4.1. El Decreto Presidencial n° 1.666 de 2002: El inicio del proceso de desmontaje del Derecho urbanístico del Plan y los esbozos del “urbanismo popular”.

Como se puede apreciar, se ha querido «refundar» todo. Sin embargo, de todos los actos jurídicos normativos dictados desde 1999, consideramos que fue el Decreto Presidencial n° 1.666 de febrero de 2002²¹⁵, el más polémico de nuestra disciplina. En dicho documento se

²⁰⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 5.990 de fecha 10.06.2002.

²¹⁰ Decreto Presidencial n° 1.528 publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 5.554 de fecha 13.11.2001.

²¹¹ Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 37.463 de fecha 12.06.2002.

²¹² Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 37.475 de fecha 01.07.2002.

²¹³ ASAMBLEA NACIONAL. *Acuerdo mediante el cual se declara la materia ambiental como de atención prioritaria por parte de la Asamblea Nacional*. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 37.457 de fecha 04.06.2002.

²¹⁴ Ley de Residuos y Desechos Sólidos. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 38.068 de fecha 18.11.2004.

²¹⁵ Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 37.378 de fecha 04.02.2002.

inicia el proceso de *Regularización de la Tenencia de la Tierra en los Asentamientos Urbanos Populares*, que verá hacerse ley el 17 de julio de 2006 con la publicación en gaceta oficial de la *Ley Especial de Regularización integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares*²¹⁶.

Este marco normativo del Decreto n° 1.666, buscó facilitar los procesos denominados en el pasado como CONSOLIDACIÓN DE BARRIOS²¹⁷, es decir, que en vez de movilizar a la población de las barriadas construidas en zonas *inurbanizables*, se hace un esfuerzo mancomunado por mejorar la calidad de vida y no la obligatoria reubicación. Nadie dudó de las buenas intenciones del Decreto Presidencial y de la mismísima ley posterior, cuando se excluye expresamente de la regularización a aquellos que promuevan tomas, ocupaciones y establecimientos ilegales²¹⁸; pero, hay que ser muy cuidadosos con el reconocimiento de la propiedad privada de muchos *asentamientos populares claramente ilegales* al violarse la normativa urbanística municipal.

De esta forma, lo que en materia urbanística se consideraba un mal para erradicar, como es el asentamiento popular al margen de los beneficios urbanísticos y de la propia ley; con el Decreto n° 1.666 se trasmuta hacia un peligroso camino donde lo marginal es también legal. Se inicia entonces este período de creciente informalización de la actividad urbanística, esta vez, amparado por un instrumentos aislados que facilitarán crear la ilusión de un urbanismo popular cónsono con el nuevo proceso de reurbanización de las ciudades venezolanas.

1.4.2. La nueva organización del desgobierno urbanístico venezolano: la avalancha asfixiante de leyes con incidencia urbanística.

En lo que respecta a la organización burocrática nacional del urbanismo, que parafraseando el título de un libro del profesor ALEJANDRO

²¹⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 38.480 de fecha 17.07.2006.

²¹⁷ Véase INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA (INAVI). *Resolución n° 041-071* de fecha 19.11.1986.

²¹⁸ Disposición final primera de la Ley Especial de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares.

NIETO GARCÍA²¹⁹, las reformas <<chavistas>> del período constitucional 2001-2007 borrarán del mapa administrativo al Ministerio de Desarrollo Urbano (MINDUR) dando paso, primero, al *Ministerio de Infraestructura*²²⁰ (MINFRA), al *Ministerio para la Vivienda y Hábitat*²²¹, y finalmente su fusión en 2009 con el *Ministerio del Poder Popular para Obras Públicas y Vivienda (MOPVI)*²²². En 2010, se elimina el MOPVI, dividiéndolo en dos Ministerios. El de *Transporte y Comunicaciones*, y el de *Vivienda y Hábitat*²²³.

Luego de 2002, no sólo poseemos un descontrol sobre quien es competente o no para regular el urbanismo a nivel nacional, producto de los cambios ministeriales y demás carteras con competencia urbanística, amén de la proliferación exagerada de las oficinas y organismos públicos. También se dictan leyes que incidirán en el urbanismo, tales como:

- LEY DE LOS CONSEJOS LOCALES DE PLANIFICACIÓN PÚBLICA, LA LEY ORGÁNICA DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL²²⁴,
- LA LEY DE LOS CONSEJOS COMUNALES²²⁵,
- LA LEY ESPECIAL DE REGULARIZACIÓN INTEGRAL DE LA TENENCIA DE LA TIERRA DE LOS ASENTAMIENTOS URBANOS POPULARES, LA LEY DE AGUAS²²⁶,

²¹⁹ NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. *La nueva organización del desgobierno*. Barcelona, Ariel, 1996.

²²⁰ Decreto Presidencial n° 2.111, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 37.577 de fecha 25.11.2002.

²²¹ Decreto Presidencial n° 3.570 publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 38.182 de fecha 08.04.2005.

²²² Decreto Presidencial n° 6.626 publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 39.130 de fecha 03.03.2009.

²²³ Decreto Presidencial n° 7.513 publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 39.451 de fecha 22.06.2010. Posteriormente, en 2011, mediante Decreto Presidencial n° 8.559, publicado en Gaceta Oficial n° 39.791 de fecha 02.11.2011.

²²⁴ Véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 38.421 de fecha 21.04.2006. Reformada en 2010, véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 6.015 de fecha 28.12.2010.

²²⁵ Véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 5.806 de fecha 10.04.2006. Reformada en 2009, véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 39.335 de fecha 28.12.2009. Para más detalles, véase BREWER-CARIAS, ALLAN R. *Introducción general al régimen de los consejos comunales*. En: *Ley Orgánica de Consejos Comunales*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2010, Colección de textos legislativos n° 46.

²²⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 38.595 de fecha 02.01.2007.

- LA LEY ORGÁNICA PARA LA PRESERVACIÓN DE LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO²²⁷, y
- El insólito caso de la abrogada y nunca puesta en vigencia LEY ORGÁNICA PARA LA PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN DEL TERRITORIO²²⁸.

La legislación urbanística comienza a sufrir los efectos perniciosos de la proliferación innecesaria de instrumentos normativos, ya denunciada en la antigüedad²²⁹, donde el sistema de planes comienza a sosegar para introducir confusiones nunca vistas en el país. Por otra parte, la legislación deroga una suerte de decretos y demás regulaciones en materias específicas; pero, deja abierta su vigencia hasta que un reglamento se dicte. Caso emblemático es el relativo al régimen jurídico de las aguas, donde más de una decena de normas técnicas fueron derogadas por la LEY DE AGUAS, pero, hasta el momento no ha ocurrido el debido reemplazo ordenado en los términos de la propia ley (Disposiciones transitorias tercera, cuarta, quinta, décima, undécima y disposición derogatoria única).

1.4.2.1. Leyes urbanísticas y de ordenación territorial que no entran en vigencia, derogando el régimen formal de la LOOU y LOOT

La Ley Orgánica de Planificación y Gestión del Territorio fue el caso más risible de la ambición por popularizar el sistema de planes urbanísticos en Venezuela. Sin embargo, el peligro no radica en la capacidad de elucidar consigo nuevos modelos de ordenación territorial y urbanística, sino en su incomprensible decisión de derogar el sistema

²²⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 5.568 de fecha 31.12.2001. Reformada en 2007, véase Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 38.763 de fecha 06.09.2007.

²²⁸ Para más detalles, véase URBINA MENDOZA, EMILIO J. “La nueva Ley Orgánica de Planificación y Gestión del Territorio y su inserción en la historia de la normativa urbanística nacional”. En: *Revista Iuridica*. Valencia, Centro de Investigaciones Jurídicas “Dr. Aníbal Rueda”, n° 3, 2006 (enero/junio), pp. 55-67.

²²⁹ *Et corruptissima republicae plurimae leges*. TÁCITO. *Anales*, 3, 27,3.

formal de la LOOT y LOOU para dejar al país sin regulación alguna²³⁰. Según el artículo 1° de la LOPGT, el proceso general para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio tenía como coordenadas-base el esquema conceptual del llamado *Desarrollo Endógeno* como paradigma de autosuficiencia venezolana en los últimos tiempos. A diferencia de las disposiciones de la LOOT y la LOOU, que entendían al desarrollo económico y social a largo plazo (Art. 1 LOOT). El concepto de Ordenación Territorial asumía la suerte de un *proceso* con sus agregados de dinamicidad, progresividad e innovación que sirve de base para el crecimiento interno.

Como novedad, la LOPGT diferencia entre la ordenación del territorio y la planificación y gestión de la ordenación del territorio. El primero de ellos es una *política de Estado*, mientras que el segundo, un *proceso de naturaleza política, técnica y administrativa*, dirigido a sistematizar la programación, evaluación, seguimiento y control de la ordenación del territorio (Art. 3). Las definiciones de la desaparecida LOPGT serán inspiradas y a su vez, debían actuar en la medida en

²³⁰ Hacemos referencia al incomprensivo impase legislativo propinado en 2005 con la aprobación de la nunca vigente Ley Orgánica para la Planificación y Gestión del Territorio. La citada ley fue publicada el 1° de septiembre de 2005 en Gaceta Oficial n° 38.263. Sin embargo, la Asamblea Nacional mediante oficio ANG-239 del 21/09/2005, ordena su reimpresión por error material del ente emisor, publicándose finalmente en la Gaceta Oficial n° 38.279 del 23/09/2005. El 1° de marzo de 2006, apareció también forma sorpresiva en Gaceta Oficial (n° 38.388) la primera reforma de este documento, incorporándole una *vacatio legis* hasta el 31/08/2006. El 1° de septiembre de 2006 (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.820), nuevamente se dicta otra reforma parcial otorgándosele otra *vacatio* hasta marzo de 2007. El 27 de febrero de 2007, de forma insólita, la Asamblea Nacional en vez de conceder otra *vacatio* se publica en Gaceta Oficial n° 38.633, la *Ley Derogatoria de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión del Territorio*. Sobre este particular, el profesor BREWER-CARIAS expresaría: "(...) La Ley que nunca fue tal, pretendía por otra parte refundir los textos de las dos Leyes Orgánicas precedentes, con algunos cambios significativos. Los objetivos de esa Ley Orgánica que nunca estuvo vigente, en todo caso, eran establecer las disposiciones que en concordancia con las realidades ecológicas y los principios, criterios, objetivos estratégicos del desarrollo sustentable, que incluyan la participación ciudadana y sirvan de base para la planificación del desarrollo endógeno, económico y social de la Nación (art. 1). Ello, sin embargo, sigue estando regulado en las mencionadas Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987 (...)" BREWER-CARIAS, ALLAN R. "El Curioso e Insólito Caso de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio, Sancionada en Septiembre de 2005 y Derogada en Febrero 2007 sin haber entrado en Vigencia". En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 109, 2007 (enero/marzo), pp. 65-71.

que se aplicaran los principios de soberanía nacional, interés público, seguridad y defensa, descentralización desconcentrada, participación ciudadana, corresponsabilidad y desarrollo sustentable al proceso de Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio.

- El sistema inalterado de planes urbanísticos en la LOPGT y la inclusión por primera vez de una definición²³¹ sobre ellos no contemplada en la LOOU. También el rebautizó de los antiguos Planes Regionales de Ordenación del Territorio por los llamados Planes de Ordenación del Territorio Urbanístico.
- El nuevo microsistema de planes urbanos municipales (Plan municipal de Ordenación del Territorio; Plan de Desarrollo Urbano Local [PDUL] y los planes especiales).
- La ampliación del concepto *responsabilidad del urbanizador*, desechando la clásica responsabilidad decenal del artículo 1637 del Código Civil venezolano por el término Derecho común²³².
- La desaparición de los dispositivos sobre *Participación ciudadana* que introdujo la LOOU²³³, y la introducción de la dual figura del REPRESENTANTE COMUNITARIO²³⁴.
- Un nuevo régimen sancionatorio, con especial énfasis en fuertes sanciones para quien infringiera las variables ambientales²³⁵ y para aquellos Concejales que mediante actos generales o particulares cambiaran el uso o zonificación de forma aislada o singularmente propuesto²³⁶.
- La omisión expresa sobre el valor atribuible al Silencio Administrativo en los procedimientos de naturaleza urbanística.

²³¹ Artículo 5° de la LOPGT. «Los Planes de Ordenación del Territorio Urbanístico son instrumentos jurídicos y representan la concreción espacial urbanística del Plan Nacional de Ordenación del Territorio y del Plan Regional de Ordenación del Territorio correspondiente. Cuando estos Planes hayan sido aprobados, se adoptarán y acatarán dentro de los respectivos perímetros urbanísticos establecidos.

²³² Artículo 151° de la LOPGT.

²³³ Título VIII de la LOOU.

²³⁴ Artículos 169, 170 y 171 de la LOPGT.

²³⁵ Artículo 183 de la LOPGT.

²³⁶ Artículo 187 de la LOPGT.

1.4.2.2. El asentamiento urbano popular vs. el urbanismo formal. El fin de la ciudad por el concepto unitario de vivienda o de cómo se construye un erróneo urbanismo del “Poder Popular”. La incongruencia de la Carta del Barrio.

Como se explicó, la tercera etapa de nuestra historia urbanística comienza en 2002 con el Decreto n° 1.666. Allí se introduce el peligroso concepto de asentamiento urbano popular, conocido en el argot venezolano como BARRIADAS POPULARES. El Decreto se transforma en ley en 2006, [en adelante LERTTAUP], técnicamente inadecuada e imprecisa, además de frustrante tal y como atinadamente lo cataloga Judith Rieber de Bentata²³⁷.

La ley y su esquema traen consigo turbulencias al sistema de planes, al hacerlo más dúctil y contemplando excepciones al régimen jurídico-urbanístico de la LOOU y la propia LOOT. Una de las principales características observables en esta legislación introducida en la década pasada, es la inclinación por concebir definiciones y principios sin tomar en cuenta el impacto o los giros, que más allá de lo idiomático, pueda traer su aplicación. Así, coloca a cada dispositivo que se sanciona en el incesante peligro de envejecer demasiado rápido y no abarcar las necesidades que surgen en la práctica²³⁸.

La LERTTAUP contempla en su articulado diez definiciones básicas cuyo fin pareciera esclarecer algunos puntos debatibles sobre la regularización de la propiedad en los asentamientos populares, que como bien sigue exponiendo Rieber, éste último no está definido²³⁹. Grave omisión si el espíritu de esta ley es la aplicación de los conceptos de derecho formal a los asentamientos urbanos populares²⁴⁰.

La LERTTAUP asume definiciones telúricas para un Derecho urbanístico coherente, pues, introduce una dualidad de regímenes que

²³⁷ RIEBER DE BENTATA, JUDITH. “Comentarios a la Ley Especial de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 107, 2006 (julio/septiembre), p. 72.

²³⁸ RIEBER DE BENTATA, JUDITH. *Ob. Cit.*, p. 56.

²³⁹ RIEBER DE BENTATA, JUDITH. *Ob. Cit.*, p. 57.

²⁴⁰ RIEBER DE BENTATA, JUDITH. *Ob. Cit.*, p. 60.

hace menos sancionable precisamente a las poblaciones que han pasado por alto las normas técnicas del urbanismo. Tenemos entonces conceptos tales como Asentamiento urbano popular, Título de permanencia, Título de adjudicación, Propiedad familiar, Carta del Barrio, Historia local, identidad actual, espacios de asentamiento, propuesta de futuro o plan de transformación integral del asentamiento urbano popular; y, naturaleza y forma de convivencia²⁴¹.

Es loable que el Estado se preocupe por garantizar una vivienda y una de las estrategias es regularizar la realidad caótica del urbanismo, sobre todo, en lo que presumimos entiende el legislador por populares: *las barriadas construidas al margen de la legalidad propietaria y técnico-urbanística*. Las mismas que colocan a la familia en condiciones de vulnerabilidad social. La invocación que hace el artículo 5° a los principios que pudiesen estar en contradicción con el espíritu de la ley en general (progresividad y seguridad jurídica) se entremezclan con otros que perfectamente los excluyen como es una visión excesiva de la democracia participativa y protagónica.

Además, la lectura de algunos artículos, como por ejemplo el 11°, ponen en duda la jerarquía y estabilidad del sistema normativo venezolano, que, por muy favorecedor o progresista, no le es dable alterar la seguridad jurídica, pues, la LERTTAUP es una ley de regularización de la propiedad privada urbana. En fin, se esgrimen elevados principios pero no se concreta ninguno de ellos, máxime, cuando se castiga al espíritu emprendedor²⁴².

En segundo término, tal y como hicimos alusión al explicar el sistema de planes urbanísticos, una de sus características prototípicas es su capacidad para resistir la tentación del poder que implica la presión constante para alterar las zonificaciones y ganarse los votos momentáneos de grupos impulsados por falsas promesas populistas. Es por ello que la LOOU le confiere al PDUL (Planes de Desarrollo Urbano Local) lapsos para la revisión periódica según los criterios técnicos y las exigencias que el moderno urbanismo plantea a la vuelta de cada década.

²⁴¹ Artículo 60 de la LERTTAUP.

²⁴² RIEBER DE BENTATA, JUDITH. *Ob. Cit.*, p. 59.

La LERTTAUP introduce un cambio radical en esa relación de la sociedad y el Municipio con el PDUL, al calificar a la llamada CARTA DEL BARRIO *como plan de ordenación básico*²⁴³. Este plan básico podría perfectamente estar en contra de lo que determine el PDUL municipal, y ante las posibles contradicciones, la ley se inclina por la Carta del Barrio en desmedro de la legislación municipal formal. Una intromisión con posibles rasgos de inconstitucionalidad ya que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en ejecución del mandato constitucional, expresamente le atribuye a los Municipios todas las competencias propias de la vida local (Art. 56.2 a.) donde la regulación del espacio urbano municipal ha sido de muy larga data como indica el profesor Fortunato González²⁴⁴.

La ley ordena al Poder Público, sin distinciones, a reconocer como válida la Carta del Barrio, lo que implica que los PDUL de ser la más estricta y elevada instancia normativa en lo que refiere ordenación urbana local, termina subordinándose a un poder del pueblo más allá de lo imaginado. Los cambios al uso del suelo urbano estarían sometidos a la voluntad de aquellos que, invocando el principio de participación ciudadana ilimitada, introducirían modificaciones según otros criterios no necesariamente en utilidad de dichos sectores populares. Por otra parte, desde la óptica del Derecho civil, el legislador dispone de manera imperativa que los registradores inmobiliarios deben inscribir estos *planes básicos de ordenamiento urbano* y proceder al parcelamiento de manera inmediata²⁴⁵. Una orden gravísima impartida por la LERTTAUP al no discriminar si es viable tanto de arquitectura como de ingeniería, el asentamiento urbano popular con su Carta del Barrio.

²⁴³ Artículo 11 de la LERTTAUP.

²⁴⁴ GONZÁLEZ, FORTUNATO. *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*. En: AAVV. *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, pp. 236. Expresa el citado profesor de la Universidad de los Andes lo siguiente: “(...) *El mecanismo idóneo para establecer un orden determinado en los centros poblados es el Plan de Desarrollo Urbano Local, que debe contener la definición precisa y lo más detallada posible de las llamadas variables urbanas fundamentales, es decir, las reglas de juego a la que deben someterse los habitantes en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. (...)*”.

²⁴⁵ Artículo 11º, primer aparte de la LERTTAUP: “(...) *El plan será reconocido por el Poder Público, a los fines de su inscripción en el Registro Inmobiliario de la jurisdicción correspondiente, y es condición suficiente para producir su parcelamiento (...)*”.

A nuestro juicio, el artículo 11° de la LERTTAUP libera a los Municipios de cualquier demanda que por daños y perjuicios pudiese intentar los ocupantes de esos terrenos donde se fundó el asentamiento si por cualquier catástrofe natural se ven afectados sus inmuebles o enseres. El artículo subordina a los PDUL a un voluntarismo popular que no distingue entre los usos del suelo o tolerancias permitidas como efectivamente sí los contempla el PDUL. En pocas palabras, la Ley facilita la cristalización de lo que en doctrina jurídico-urbanística se le llama *Disuetudo*²⁴⁶, la más burda alteración al ordenamiento urbanístico local cuando se quiebra el principio de igualdad.

1.4.2.3. El Comité de Tierras como sustituto al Catastro Municipal y la erradicación de la propiedad privada por la propiedad familiar

La LERTTAUP asume el principio de participación popular como parte de la solución al delicado problema de los miles de asentamientos urbanos populares que ilegalmente ocupan tierras tanto públicas como privadas. Ante la cantidad considerable de familias en esta precaria situación, el tantas veces citado instrumento legal crea la figura del COMITÉ DE TIERRA URBANA (CTU), el nivel de mayor importancia²⁴⁷ dentro de este nuevo orden administrativo concebido en la LERTTAUP. Serán los instrumentos facilitadores del proceso de regularización, y a la vez, el principal mecanismo en la defensa de intereses colectivos y difusos de las comunidades urbanas populares.

Estos Comités de Tierras están a cargo de levantar el denominado *Catastro Popular*, que no es más que la forma protagónica para establecer la información catastral y de esta forma implementar el procedimiento de regularización de la tenencia de la tierra en estos

²⁴⁶ “(...) *Pensemos en situaciones límites de general incumplimiento en los que la gestión urbanística se realiza al margen del plan y del programa, se concede alturas de edificaciones superiores a las señaladas en las normas, se permite la construcción de zonas señaladas como verdes o en terrenos rústicos, no se constituye el patrimonio del suelo ni se elaboran presupuesto de urbanismo (...)*” ARÉVALO CLAVERO, MANUEL. *Estudios de Derecho Administrativo*. Madrid, Editorial Civitas e Instituto García de Oviedo de la Universidad de Sevilla, 1992, p. 371.

²⁴⁷ RIEBER DE BENTATA, JUDITH. *Ob. Cit.*, p. 71.

asentamientos (Art. 45). Lo más sorprendente resulta de la *Subordinación* de todos los órganos o entes del poder público (Nacional, estatal y municipal) al levantamiento que realice cada CTU. Es más, la propia ley obliga al Catastro Municipal asistir, capacitar y supervisar los levantamientos catastrales, obligándolo peligrosamente a validar e incorporar el catastro popular (Art. 48) y así obtener del Municipio las respectivas Cédulas y Mapas Catastrales requerido para la protocolización de los títulos de adjudicación ante el Registro Público (Art. 49).

Otro de los trastrocamientos que teluriza esta legislación popularizante, es las nuevas formas del dominio del suelo urbano, uno de los temas que mayor atención ha dispensado el Derecho urbanístico en toda su historia. En la LERTTAUP, el ejercicio y facultades de la propiedad privada en el suelo urbano cambia la ecuación técnica del urbanismo al considerarla por ser esencialmente volumétrica más que planimétrica²⁴⁸; y por sobre todo, formal²⁴⁹, más de lo que estatuye el régimen civil de la propiedad tradicional. ¿Será por ésta última característica que la LERTTAUP busca alinear la ocupación ilegal con la propiedad urbana para acercarla a la formalidad?

La LERTTAUP, fiel a ese cometido de la propiedad urbana, introduce dos nuevas formas del ejercicio de la misma, no tanto basado en el esquema clásico propiedad privada/propiedad pública, sino, en la satisfacción de otras necesidades que dicho dilema no puede compensar temporalmente, sobre todo, cuando los asentamientos urbanos populares se han edificado al margen de los titulares de la propiedad. La primera de las formas jurídicas propietarias que introduce es la llamada

²⁴⁸ Se entiende como propiedad volumétrica aquella que, además de tener en cuenta los linderos y su titularidad, centra sus desvelos en los volúmenes verticales. Esto quiere decir que no sólo en los planos horizontales se verifican las potestades del propietario, sino, en aquello que se construye hacia el suelo como el subsuelo. BREWER-CARIÁS, ALLAN R. ... *Urbanismo y propiedad privada* ... pp. 61-62.

²⁴⁹ Explica el profesor ALLAN BREWER-CARIÁS. ... *Urbanismo y propiedad privada* ... p. 67. lo siguiente: "(...) *En materia urbana, sin embargo, no basta un título de propiedad para ejercer los atributos del derecho; es necesario que se precise el contenido de la propiedad, es decir, saber qué puede hacerse con ella, determinando el uso permitido. Ese contenido del derecho no está en el título registrado; es necesario que sea establecido en un acto jurídico-público de la autoridad municipal (plan de urbanismo, zonificación), para luego poder precisar cómo se encuadra esa propiedad dentro del plan que determina el uso o establece una zonificación (...)*".

propiedad colectiva. Esta modalidad si bien no la define la LERTTAUP, sino que se agota en la manera como se regula su constitución (Art. 37), podemos entenderla como la *titularidad colectiva de un lote de terreno cuyo objeto es la garantía de la permanencia física del asentamiento urbano popular*.

La propiedad colectiva cuyo origen puede ser tanto público o privado, es entendida así, según la intención legislativa, como una manera para el uso y goce en comunidad de un terreno que sustenta un asentamiento urbano de naturaleza popular. El ejercicio de esos atributos clásicos propietarios deberán ser administrados colectivamente según las modalidades que cada asentamiento urbano popular determine. La ley obliga que sólo se podrá obtener esta calificación si los propietarios de las bienhechurías que ocupan un mismo lote de terreno, se constituyen en un Comité de Tierra Urbana para tal fin (Art. 38). También, el legislador prohíbe cualquier otro uso de ese suelo comunitario que no sea el exclusivamente residencial, permitiéndose sólo *actividades productivas familiares* (Art. 38).

Paralelamente al modelo colectivo de propiedad, la LERTTAUP incluye la novedosa figura de la PROPIEDAD FAMILIAR, ésta, muy en boga en las estructuras sociológicas rurales, bastante comunes en los primeros tiempos del Derecho Romano²⁵⁰. El artículo 35° de la LERTTAUP rescata esa tradición romanística y define a la propiedad familiar como: “(...) *Es el derecho indivisible que el Estado le confiere a la familia para usar, gozar y disponer de la tierra, de conformidad con lo previsto en esta Ley (...)*”. En un primer plano nos dice que la propiedad familiar es un «*derecho indivisible*» lo cual implica la imposibilidad de ceder a un miembro de esa familia en particular o a un tercero (vía arrendamiento o usufructo), o incluso, a una tercera familia que busque disfrutar del inmueble.

Esta indivisibilidad no sólo reviste el carácter material, sino, de naturaleza jurídica, imposibilitando su fraccionamiento con iguales proyecciones²⁵¹. El derecho real de propiedad familiar termina siendo

²⁵⁰ Véase MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, JEAN; MAZEAUD, LEON. *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires, Editorial EJE, 1960, Parte II, Vol. IV, pp. 22-50.

²⁵¹ KUMMEROW, GERT. *Compendio de bienes y derechos reales*. Caracas, Paredes Editores, 1992, p. 51.

indivisible y por ende, intransferible. Sólo el Estado podrá otorgar o revocar por vía de acto administrativo la calificación de propiedad familiar aunque como bien dice Rieber de Bentata, el tratamiento de manera conjunta de la propiedad familiar y la propiedad comunitaria a veces quedando combinado de manera impropia²⁵². Una contravención al principio de libertad patrimonial que ha caracterizado a todas las Constituciones venezolanas desde 1811.

1.4.3. La paradoja ambiental en el urbanismo venezolano y la concreción jurisprudencial del sistema objetivo de responsabilidad urbanística. Adiós a la Responsabilidad decenal del artículo 1637 del Código Civil.

Como punto muy específico pero paradójico en esta tercera etapa iniciada en 2002, queremos destacar el papel de importancia que juega no sólo el clásico apego del urbanismo a la protección ambiental fuertemente vigilada en la Constitución de 1999²⁵³, sino también a las consecuencias que acarrearán las alteraciones ambientales en el ámbito de las responsabilidades jurídicas compartidas²⁵⁴, más allá de la esfera de la LEY PENAL DEL AMBIENTE²⁵⁵ o las cláusulas tácitas que en los contratos celebrados con la República se obligue al cuidado del medio ambiente²⁵⁶.

Para nadie es un secreto que una gran cantidad de urbanismos venezolanos se encuentran sobre zonas que no satisfacen los más mínimos estándares ambientales, incluso, esta desviación llega a rangos que podrían ser letales. Ante la gravedad del problema, pudiera alegarse la carencia normativa sobre el tema, es decir, es posible que para un lector

²⁵² RIEBER DE BENTATA, JUDITH. *Ob. Cit.*, p. 62.

²⁵³ Artículos 127º, 128º y 129º de la Constitución de 1999.

²⁵⁴ Sobre este tema de la responsabilidad administrativa y civil del urbanista en relación con el ambiente, véase TROCONIS PARILLI, NELSON. *Tutela Ambiental. Revisión del paradigma ético-jurídico sobre el ambiente*. Caracas, Ediciones Paredes, 2005.

²⁵⁵ Ley Penal del Ambiente, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 39.913 de fecha 02.05.2012. Véase GUTIÉRREZ LARRISGOITIA, LUIS AMADO. *La gestión penal del ambiente. El sector privado y la experiencia a diez años*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006.

²⁵⁶ Artículo 129 de la Constitución de 1999.

desprevenido se incline a pensar que en Venezuela no existe un régimen jurídico coherente de protección ambiental. Todo lo contrario, Venezuela es uno de los pocos países donde la actividad legislativa ha estado marcada por una agenda ambiental, pero, ha sido elástica su aplicación.

Desde 1996 existe una regulación precisa, que se materializa en 2006 con la LEY ORGÁNICA DEL AMBIENTE (LOA)²⁵⁷. Ésta última dedica íntegramente su arquitectura al tema de la gestión ambiental y la participación popular en la defensa del ambiente (Arts. 1 y 2). Sobre la esfera urbanística, la LOA aborda en tres grandes bloques de influencia sobre el régimen legal del urbanismo en Venezuela. Esos bloques son:

- La gestión del ambiente y su relación con la actividad urbanizadora.
- El sistema de PLANES AMBIENTALES y su relación con los planes de ordenación territorial y planes de ordenación urbanística.
- La participación popular en la gestión del ambiente.

Del plano conceptual, la LOA aborda los principios que afectan la gestión ambiental (Art. 4) de cumplimiento obligatorio, ya que el propio legislador ha revestido a la materia como normas de orden público (Art. 6). De esos principios que refiere el artículo 4º de la LOA, nos interesa abordar la limitación de los derechos individuales, la responsabilidad en los daños ambientales y la evaluación del impacto ambiental, por cuanto, como veremos más adelante, recientemente la jurisprudencia ha venido protegiendo esos derechos ambientales cuando son vulnerados por actividades urbanísticas, incluso, que pudieran estar apegadas a la legalidad municipal.

En relación al principio de la *limitación de los derechos individuales*, la LOA lo encierra especialmente a los derechos económicos individuales o sociales que pudiera afectar al PATRIMONIO AMBIENTAL (Art. 4.7). En la actividad urbanizadora siempre van a conflictuar una serie de derechos e intereses. Muchas veces, triunfarán las garantías individuales, pues, también es muy legítimo que ante las carencias económicas, cualquier iniciativa que tiendan a superarlas, como el caso de

²⁵⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 5.833 de fecha 22.12.2006.

la construcción urbana, no puede *siempre* estar limitada por la «abstracción» de los derechos ambientales así como así. Los derechos ambientales prevalecerán, en eso no hay duda, siempre que logren concretarse en ámbitos de protección bastante comprobados para la comunidad. Así, se elimina el riesgo de interpretaciones *filantrópicas* que olviden la centralidad del ser humano ante todo. Una flor no puede valer más que una persona.

1.4.3.1. La nueva responsabilidad urbanística delineada por la Sala Constitucional del TSJ.

Sobre el principio de la *responsabilidad en los daños ambientales*, es evidente que la misma LOA incluye no sólo al urbanista sino también a las administraciones urbanísticas. En buena parte de los siniestros ambientales ocurridos, producto de procesos urbanizadores negligentes o complicidades gubernamentales que relajan el resguardo ambiental, se alega que las «administraciones públicas» no son responsables por la falta de cuidado que gobernantes del pasado hayan dejado permitir. Quizá ha sido este punto donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia haya dado nuevos aportes en materia de responsabilidad urbanística, siendo uno de los pocos aportes en este tiempo de fragmentación populista.

Hacemos referencia a las sentencias de la citada Sala n° 1632²⁵⁸ de fecha 11.08.2006 y su complementaria n° 1752²⁵⁹ de fecha 13.08.2007. Ambas son relativas a un caso paradigmático de responsabilidad urbanística por daños ambientales ocasionados ante el irresponsable asentamiento de urbanismos formales. Hacemos mención al desalojo ordenado sobre los *Urbanismos Mata Redonda y la Punta* ubicados en la ciudad de Maracay, Municipio Girardot del estado Aragua. Estos fallos liquidarán la antigua Responsabilidad Decenal del Constructor,

²⁵⁸ Caso: *Julia Espina y otros Vs. Ministerio del Ambiente*, expediente 00-1362 (Acción de Amparo Constitucional por intereses colectivos y difusos). Ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz.

²⁵⁹ Aclaratoria de la Sentencia n° 1632/2006. Se solicitó posteriormente una Aclaratoria sobre cómo debía ser el proceso de desalojo e indemnización a los propietarios y habitantes de los urbanismos en peligro por el ascenso de la Cuenca del lago de Valencia.

pues, contemplan por primera vez que la RESPONSABILIDAD URBANÍSTICA ES DE CARÁCTER CÍVICO-SOCIAL²⁶⁰, tal y como lo contempla el texto de la sentencia 1632.

Apunta el Magistrado-Concurrente:

“(…) Tal responsabilidad que podría **denominarse responsabilidad cívico-social, no tiene en las leyes sustantivas (Código Civil o Mercantil), un claro fundamento, pero como proviene de la corresponsabilidad**, cuando estos daños los causan particulares, por acciones que perjudican a grupos sociales, debido a la intención, negligencia o imprudencia de quien los causa, los mismos deben ser indemnizados por el causante. Las leyes, por lo regular, normalizan relaciones particulares que no prevén daños colectivos, ni las diversas causas que los generan, y sólo contemplan indemnizaciones para grupos o sectores de población cuando se trata de derechos o intereses difusos o colectivos. La prescripción de ciertas acciones, como las de la responsabilidad decenal del constructor, parte de situaciones normales (previsibles), y la acción decenal, por ejemplo, nace de cada relación entre constructor y quien lo contrata. Sin embargo, *hay daños que pueden afectar a toda una colectividad o grupo social, que pueden demandarse por la vía de los derechos e intereses difusos, pero puede suceder que ellos no nacen inmediatamente de la acción u omisión del agente, sino transcurridos varios años del ilícito, cuando incluso se sobrepasa el término de prescripción legal.*

Cuando el hecho desencadenante de los daños colectivos era previsible pero no se tenía certeza de cuándo ocurriría, quedando ligado en ese sentido al azar, si éste sucede por hecho atribuible a alguien, este alguien debe responder.

Dentro de las relaciones concretas individuales los términos de prescripción y caducidad funciona conforme a las provisiones legales, ello atiende a los actos y negocios jurídicos entre partes; pero con respecto al daño colectivo, causado a un grupo o sector de

²⁶⁰ Véase Voto Concurrente del Magistrado de la Sala Constitucional, Jesús Eduardo Cabrera Romero. Sobre la Responsabilidad patrimonial en materia urbanística, Véase DÍAZ RODRÍGUEZ, GABY ARLET. “La Falta de Servicio como Hecho Generador de Responsabilidad Patrimonial en materia urbanística”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Caracas, Ediciones Sherwood, n° 16, 2003 (enero/junio), pp. 329-353.

personas, por la acción dolosa o culposa, en un estado social, la solución no puede ser igual. En materia contractual, individualmente las partes saben a que atenerse y el negocio tiene un soporte legal; incluso, en el hecho ilícito extracontractual el que lo sufre conoce los términos legales para reclamarlo, etc. Pero cuando el daño es colectivo, enmarcado en una situación real, cuyo acontecimiento no tiene un tiempo prefijado para aflorar o suceder, la reparación de tal daño debe tener un tratamiento apropiado a esa realidad. (...) Quien concurre, quiere resaltar que los urbanizadores, que como tales ofrecen en venta unas parcelas o unas casas, hacen una oferta con base en unos bienes o que están dañados per se, o que corren gran riesgo de perecer, y en cuanto a esta actitud, el oferente no incumple ningún contrato, sino comete un hecho ilícito, a menos que informe a los compradores del riesgo que corren; o que se tomen con miras al largo plazo, las precauciones que eviten el posible daño. (...)

Se hacen estas acotaciones por el caso resuelto en este fallo. El Lago de Valencia, según informaron los técnicos del Ministerio del Ambiente en la audiencia, tiene ciclos en que se retira y luego vuelve a crecer. Este no es un hecho imprevisible, sino al contrario, él tenía que ser ponderado no solo por las autoridades municipales que permitieron las urbanizaciones, sino por los urbanizadores, y los financistas, ya que estos últimos tenían que haber estudiado el proyecto de urbanismo. Siendo ello así, todos los involucrados tenían una responsabilidad civil de naturaleza social proveniente del colapso de las urbanizaciones que construyeron y ofrecieron al público, para que allí se construyeran viviendas; y de los financistas por los financiamientos que se dieron para que dichos urbanismos riesgosos pudieran construirse.

Tal responsabilidad cívico-social no es de naturaleza contractual, sino extracontractual y social, y deriva de la negligencia o imprudencia y hasta intención, de todos estos actores, en la construcción de urbanizaciones para viviendas, en una zona previsiblemente inundable que arruinaría a los propietarios de las viviendas, por lo que tienen una responsabilidad con la masa de compradores (ya que el urbanismo es para que sectores de la población, según su status económico, construyan o compren casas).

A juicio de quien concurre, en la satisfacción de las necesidades colectivas existe corresponsabilidad entre el Estado, por medio de sus

diversos órganos y los particulares, que como lo señala el artículo 326 constitucional se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar.

Esa corresponsabilidad, entendida en sentido amplio, es ante la sociedad o colectividad y emana de la naturaleza de estado social de derecho que impera en Venezuela y conduce a quien daña en forma ilícita al colectivo deba responderle, incluso personalmente sin poder escudarse en la responsabilidad de las personas jurídicas.

En el caso de autos, el fallo ordena al Estado que reubique a una personas, indemnizándolas, pero nada dice sobre la responsabilidad personal de las autoridades que permisaron las urbanizaciones, ni sobre la de los constructores y financistas, y en nuestro juicio, ellos deberían reintegrar a la República lo que ha tenido que indemnizar, sin poder oponerle a esta prescripción alguna, ya que los daños ahora es cuando se están causando, y la real responsabilidad nace cuando los daños colectivos, producto de la imprevisión, ocurren.

No se trata de aplicar la responsabilidad decenal del constructor, sino que aquellos que se lucraron con el negocio urbanístico de cualquier forma, lo que incluye a los financistas, así como a los funcionarios que autorizaron urbanismos en zonas de peligro a largo alcance, sin ordenar ninguna previsión que impidiere los daños, deben resarcirlos cuando tengan lugar; por lo que quien sufre el daño (en este caso, la República de Venezuela) tiene una acción contra financistas, funcionarios municipales o de otra índole, y urbanistas, que no está sujeta a prescripción alguna, ni a partir de cuando vendieron la urbanización, ni de la fecha en que el Municipio entró en posesión de ella, ni de la fecha del primer daño, ya que tratándose de un daño continuo, a partir de que éste cese, comenzará a correr el término de la prescripción (...) (Cursivas y negrillas nuestras)”

La sentencia de amparo además de expresar esta novedad en el discurso jurisprudencial, le otorgará por primera y única vez al amparo el carácter indemnizatorio y no sólo restitutorio de derechos fundamentales conculcados. Al ordenar la Sala Constitucional al Ministerio del Ambiente “(...) restablecer el valor económico de cada una de las viviendas de dichos habitantes, de manera que todos los sujetos lesionados -y no sólo los demandantes- puedan obtener un estándar de

vida y vivienda similar al que tenían antes de la violación a sus derechos (...)”. Con este hito pretoriano, se cierra a finales del año 2009 el presente capítulo de popularización de los planes urbanísticos y la horizontalización de nuestro Derecho urbanístico diseñado a partir del instrumento normativo central de la LOOU.

1.5. La atomización y normatividad portátil de voluntarismo popular (2011-)

En enero de 2011 se inicia el período constitucional de la Asamblea Nacional correspondiente al 2011-2016. La presencia activa de una fracción de diputados opositores al gobierno, electos democráticamente en septiembre de 2010, incidirán en la concreción de una Ley Habilitante²⁶¹ al Presidente Hugo Chávez en diciembre de 2010, poco antes de culminar el período 2006-2011. También, se aprueban el bloque de leyes conocidas como las del PODER POPULAR²⁶², a saber, la LEY ORGÁNICA DEL PODER POPULAR, la LEY ORGÁNICA DE PLANIFICACIÓN PÚBLICA Y POPULAR, la LEY ORGÁNICA DE LAS COMUNAS, la LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA ECONÓMICO COMUNAL y la LEY ORGÁNICA DE CONTRALORÍA SOCIAL. En dichos instrumentos se procede a bautizar la noción de Estado Comunal, donde, tras el disfraz de esta abstracción operativa, el Estado Centralizado asume el control de la actividad ciudadana²⁶³.

Las leyes del Poder Popular, continuarán la senda de la legislación de la primera década del siglo XXI. Abonarán el camino que fuera trazado por la LEY DE TIERRAS URBANAS (LTU)²⁶⁴, ésta última, la que desviara los conceptos pacíficamente aceptados por el Derecho urbanístico venezolano desde 1983. La LTU parte del error conceptual al reconocer la supuesta existencia de “*tierras urbanas sin uso*” (Art. 5), cuando

²⁶¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 6.009 de fecha 17.12.2010.

²⁶² Publicadas en bloque en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 6.011 de fecha 21.12.2010.

²⁶³ Véase BREWER-CARIÁS, ALLAN R.; NIKKEN, CLAUDIA; HERRERA ORELLANA, LUIS; ALVARADO ANDRADE, JESÚS MARÍA; HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO Y VIGILANZA, ADRIANA. *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011.

²⁶⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 5.933 de fecha 21.10.2009.

sabemos que al incluirse una parcela o lote de terreno dentro de la poligonal urbana es porque precisamente la Ordenanza de Zonificación o el PDUL le ha asignado un “*Uso*” específico del suelo. Este desacierto será agravado con el procedimiento²⁶⁵ contemplado para constatar disparatadamente que una “tierra urbana está sin uso”. Este desazón nos fue el preludio de la destrucción a grandes pasos de la mismísima base conceptual-urbanística, edificada a lo largo de 70 décadas. Concebir el suelo urbano como *tierra urbana*, cual concepto rústico-predial es un contrasentido que nos lleva hacia la atomización y la endeble normatividad urbanística, signo inequívoco de la etapa que comenzó en 2011.

1.5.1. Las áreas vitales de Vivienda y el desmoronamiento de la ordenación territorial y urbanística. El desconocimiento de las competencias constitucionales de planificación y control urbano de los Municipios.

El Ejecutivo Nacional se propuso, desde 2002 tal y como lo estudiamos, resolver el eterno problema de la vivienda. Vistas las complicaciones que conlleva la edificación o urbanización, se abocó en una frenética carrera por construir casas y apartamentos a lo largo y ancho de la geografía nacional. El activismo de vivienda pone en jaque el concepto mismo de ordenación urbanística, pues, se impone la política de construir donde sea y a como de lugar, con el fin de satisfacer la voracidad del populismo.

De esta forma, visto la importancia de conseguir los terrenos bajo cualquier modalidad, sin importar el empleo de la coacción indiscriminada, el Presidente de la República dicta el DECRETO N° 8.005 CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE EMERGENCIA PARA TERRENOS Y VIVIENDAS²⁶⁶. La exposición de motivos es gráfica y puede considerarse una confesión probatoria sobre el carácter extraordinario del Decreto. Curiosamente entre los fundamentos para dictarlo, amén de la grave crisis de vivienda que reconoce, asume su agravamiento “(...) *por las inclemencias del cambio climático, que se han manifestado*

²⁶⁵ Véase Capítulo IV, Artículos 21 al 36 de la Ley de Tierras Urbanas.

²⁶⁶ Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 6.018 de fecha 29.01.2011.

recientemente, y cuyos terribles impactos han causado, no sólo grandes devastaciones en los barrios construidos en zonas inestables de las áreas urbanas, sino también, inmensas inundaciones en zonas rurales del país (...)”.

La figura que representa nuestro tiempo, lamentablemente, es las llamadas ÁREAS VITALES DE VIVIENDAS Y RESIDENCIAS, mejor conocidas como AVIVIR. Las AVIVIR, como bien lo señala el artículo 3 del Decreto-Ley, es una superficie determinada, dictada por el Presidente de la República, a los fines de “(...) reordenar integralmente la distribución y uso del espacio, sea éste urbano o rural, para destinarlo en prioridad y con urgencia, a la construcción de viviendas unifamiliares o multifamiliares de microcomunidades, pequeños barrios, grandes barrios o nuevas ciudades (...)”.

La reordenación que hace mención el Decreto-Ley, se enmarca dentro del concepto de *ordenación territorial*, si desgranamos el artículo citado y se confronta con las disposiciones de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio. De ser así, es decir, que la naturaleza de las AVIVIR sea territorial, entonces, la actividad propia implica una *reclasificación del suelo* ya de por sí preclasificados en los Planes de Ordenación Territorial, específicamente, en los Planes Regionales revestidos bajo el nominativo Ley de Ordenación Territorial de cada estado.

Cuando se subraya la destinación de esta afectación territorial, según el tenor textual del Decreto-Ley, podemos verificar que se dictarían en aquellos casos donde precisamente ha carecido de todo vestigio de ordenación (sea territorial o urbanística). Esto en lenguaje urbanístico del viejo MINDUR, eran las denominadas “Áreas de Desarrollo Urbano no controlado, con la indicación de las características a corregir con el fin de incorporarlas a la estructura *urbana*”²⁶⁷. En el lenguaje del Decreto-Ley las identifica con microcomunidades, pequeños barrios, grandes barrios o nuevas ciudades²⁶⁸, precisamente, áreas donde lo que ha carecido es de urbanismo.

²⁶⁷ Artículo 34, numeral 8 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

²⁶⁸ Artículo 3, numeral 3 del Decreto-Ley 8.005. Sobre el particular, véase HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO. “La regulación de la propiedad privada en el régimen de emergencia de terrenos y vivienda”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 130, 2012 (Abril-Junio), pp. 273-284.

La práctica de las AVIVIR, desde que fue dictada la primera de aquéllas²⁶⁹ es que el Ejecutivo Nacional precisa: A) Una poligonal de afectación, y luego, en otro artículo, B) Delega en un órgano de la Administración Pública Nacional, que tomen las medidas correspondientes. Hasta la fecha, excluyendo del presente año, se han dictado sin importar la zonificación dentro de las poligonales urbanas, 16 Decretos Presidenciales con más de 800 áreas o lotes de terrenos identificados²⁷⁰. Espacios que en buena medida ya poseen variables urbanas fundamentales destinadas a zonas residenciales, o bien, como ocurrió en la ciudad de Barinas donde fue declarada AVIVIR parte de la zona industrial.

En la práctica, las AVIVIR dictadas son incompletas, amén de haberse decretados sobre poligonales urbanas consolidadas. Esto quiere decir que todas no cumplen los propios requisitos del Decreto-Ley, de por sí, exigentes en estos instrumentos de ordenación territorial. Establece el artículo 4, ejusdem: “A los efectos de la presente Ley, se entiende por:

“(…) Omisión (...) ÁREAS VITALES DE VIVIENDAS Y DE RESIDENCIAS (AVIVIR): Creadas mediante Decreto por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, en ellas, el Estado procederá a **reordenar íntegramente el territorio**, para destinarlo con prioridad y con urgencia, a la construcción de viviendas. En el marco de esta redistribución y uso del espacio, será efectuada la calificación de los terrenos aptos para la construcción de viviendas e inmuebles no residenciales, que se encuentren ociosos, abandonados o de uso inadecuado a los fines del Poblamiento y habitabilidad. En estas áreas, el Ejecutivo Nacional podrá establecer **un régimen específico contentivo de condiciones especiales en el ámbito del reordenamiento territorial, laboral, de seguridad, de orden**

²⁶⁹ Decreto Presidencial n° 8.041, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 39.615 del 14 de febrero de 2011.

²⁷⁰ Véase Decretos n° 8.145 (Gaceta Oficial n° 39.655 de fecha 13.04.2011), n° 8.191 (Gaceta Oficial n° 39.671 de fecha 11.05.2011), n° 8.301 (Gaceta Oficial n° 39.708 de fecha 07.07.2011), n° 8.333 (Gaceta Oficial n° 39.713 de fecha 14.07.2011), n° 8.514 (Gaceta Oficial n° 39.779 de fecha 17.10.2011), n° 8.627 (Gaceta Oficial, extraordinaria, n° 6.061 de fecha 09.12.2011), n° 8.885, 8.886, 8.888, 8.889, 8.890, 8.891, 8.892, 8.894 y 8.895 (Gaceta Oficial, n° 39.896 de fecha 02.04.2012), n° 179 (Gaceta Oficial n° 40.186 de fecha 11.06.2013).

público, de servicios, simplificación de trámites administrativos, incentivos, regulaciones y cualquier otro tipo de medidas, que coadyuven al cumplimiento expedito de los objetivos de la presente Ley (...)” (subrayado y negrillas nuestras).

Entonces, podemos entender que jurídica y operativamente, las AVIVIR son inocuas para solventar el real problema de la vivienda, es decir, no tienen un efecto inmediato sino una mera declaratoria. Sin embargo, al ser dictados sobre áreas urbanas consolidadas, genera zozobra por las medidas que generalmente conlleva, entre las que sobresale por su negativo impacto, la *Ocupación Previa* (Artículos 10 y 11 del Decreto-Ley).

En la práctica, el Ejecutivo Nacional y grupos anárquicos terminan por apoderarse del terreno, casi siempre, tomando en posesión el mismo. Esto es una evidente forma de confiscación solapada, pues, en ninguno de los decretos de AVIVIR dictados hasta ahora, ordenan que se cumpla el procedimiento previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad pública o Social. Ni siquiera se verifica la expropiación sumaria determinada en el DECRETO-LEY N° 9.050 PARA LA DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO DE BIENES INMUEBLES EN LOS CASOS DE EXPROPIACIONES DE EMERGENCIA CON FINES DE POBLAMIENTO Y HABITABILIDAD²⁷¹. También, éste último violenta los principios básicos de las indemnizaciones inmobiliarias por vía de expropiación, al contemplar que sólo se pagará el terreno expropiado según el precio aparecido en el último documento de venta.

Además, aunado a la zozobra e inseguridad jurídica, las AVIVIR, según el propio Decreto-Ley que las crea, establece una suerte de preclasificación y afectación de los inmuebles *aptos para la construcción de viviendas*, no sólo los de naturaleza privada, sino también terrenos propiedad pública (estadales y municipales) protegidos constitucionalmente como es el caso de los ejidos. Esta afectación “*ope legis*” (Art. 9) es violatorio del sistema de planes territoriales y urbanísticos, pues, al ser dictados en áreas urbanas, ya dicho suelo está predeterminado según su zonificación a un destino urbanístico bien precisado.

²⁷¹ Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 39.945 de fecha 15.06.2012.

Las AVIVIR dictadas, como se dijo, viola el sistema ordenado de planes territoriales y urbanísticos, desconociéndolos. Debemos recordar que el sistema de planes está concordado por todas las autoridades urbanísticas reconocidas en la Constitución y la LOOU (República y Municipio), donde, si se dicta un PDUL, si bien es creación exclusiva del Municipio, aquél ha sido validado por las autoridades nacionales competentes, cumpliéndose el procedimiento previsto en la LOOU para la creación de los PDUL, como en el propio instructivo del extinto MINFRA²⁷². Al dictarse la AVIVIR, se viola dicho sistema de planes, desconociendo así el sistema competencial urbanístico previsto en la Constitución desde 1909 hasta la de 1999, inclusive, y articulado operativamente en la LOOU.

Así, podemos concluir. Primero, las AVIVIR son instrumentos particulares de ordenación territorial, destinados para aquellas áreas de “Desarrollo Urbano no controlado”. Segundo, las AVIVIR dictadas hasta el momento son inconstitucionales por cuanto desconocen el sistema de ordenación territorial y urbanística, al afectar zonificaciones dentro de las poligonales urbanas consolidadas, que no toleran el asentamiento residencial. Tercero, las AVIVIR desconocen de esta forma, y desdice la voluntad de la administración urbanística nacional, las aprobaciones previas realizadas por el Ejecutivo Nacional cuando el Municipio ha elaborado un PDUL.

Al ser las AVIVIR instrumentos de ordenación territorial, deben cumplir con las previsiones de la LOOT. Incluso, somos de la tesis que las AVIVIR al ser instrumentos especiales de ordenación territorial, se equipararían con lo perseguido en lo que la LOOT bautiza como ABRAES (ÁREAS BAJO RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN ESPECIAL). De allí que debe aplicarse de forma supletoria los requisitos del artículo 17 de la LOOT, donde, para que tenga validez un ABRAE no basta sólo que se dicte el Decreto Presidencial de la poligonal afectada, sino el Reglamento Especial de Uso, que establezca las Variables Urbanas Fundamentales que deban ser aplicadas con preferencia, sin que ello, menoscabe las previstas en las Ordenanzas municipales o inclusive, en

²⁷² MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA. *Guía de Elaboración del Plan de Desarrollo Urbano Local*. Resolución n° 139, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 37.888 de fecha 01.03.2004.

otros instrumentos generales de ordenación territorial (Plan Regional de Ordenación Territorial) o urbanística (Plan de Ordenación Urbanística POU).

Muchas de las AVIVIR dictadas entre 2011 y 2012, a nuestro juicio, han decaído. Si son instrumentos de ordenación territorial, también les es aplicable lo previsto en el artículo 64 de la LOOT, que establece:

“(...) Cuando la ejecución de los planes de ordenación del territorio implique la extinción del derecho de propiedad, las autoridades respectivas competentes deberán proceder a decretar la expropiación conforme a la ley especial. A tal efecto, en el Plan respectivo de Ordenación de Territorio se deberá establecer un lapso para la ejecución de la expropiación correspondiente, cónsono con la naturaleza y alcance de la actividad a realizar. Cuando el lapso sea superior a tres años, la autoridad competente deberá establecer un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada. Parágrafo único: Vencido el lapso para la ejecución de la expropiación previsto en el Decreto respectivo, sin que los entes públicos competentes hubieren procedido consecuentemente, se deberá indemnizar al propietario por las limitaciones al uso de su propiedad y deberá reglamentarse un uso compatible con los fines establecidos en el plan respectivo (...)”.

1.5.2. Las misiones como forma de implementar arbitrariamente el nuevo urbanismo portátil. La Gran Misión Vivienda Venezuela y la Misión Barrio Nuevo, Barrio Tricolor.

Si el Estado venezolano empleó en el pasado la Descentralización, en su versión institucional (INAVI) o territorial (Institutos regionales o municipales de vivienda), según el tiempo ya explicitado, desde 2011 será el concepto transitorio de *Misión* quien se encargará de ejecutar los procesos de urbanización en estos tiempos. Si bien las Misiones aparecen en 2003 como forma de materializar las políticas sociales del Gobierno Nacional, en materia urbanística parten con la creación de la GRAN MISIÓN VIVIENDA VENEZUELA a través del Decreto-Ley n° 8.143²⁷³.

²⁷³ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen de Propiedad de las Viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 6.021 de fecha 06.04.2011.

Posteriormente, en 2013, se crea la GRAN MISIÓN BARRIO NUEVO-BARRIO TRICOLOR²⁷⁴, quien se encargará del proceso de embellecimiento y acomodo de los anteriormente denominados Asentamientos Urbanos Populares, hoy trasmutados en su nuevo nominativo de *Asentamientos Urbanos o Periurbanos*²⁷⁵. Las misiones sustituirán a las antiguas oficinas técnicas de los ministerios, más especialmente, a las direcciones técnicas del desaparecido Ministerio de Desarrollo Urbano (MINDUR).

1.5.3. La transformación inconstitucional del concepto de equipamiento urbano en escala de regionalización y la deshumanización del hábitat urbano.

Al cumplirse los primeros 25 años de la LOOU, en 2014, aparece un Decreto con implicaciones que van más allá de su título enunciado. Hacemos referencia al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de LEY DE REGIONALIZACIÓN INTEGRAL PARA EL DESARROLLO SOCIOPRODUCTIVO DE LA PATRIA²⁷⁶. A primera viste luce como otro instrumento normativo propio de las décadas revolucionarias, donde su lingüística enaltece un supuesto y risible orden moral superior, emanado del éter bolivariano y cuyo fin está predestinado para engrandecer -a título de epopeya- los caminos de una hipotética patria idealizada, plena de virtuosismo y bautizada por la mítica voluntad popular más cercana al tumulto que a la democracia directa. En pocas palabras, una ley adicional -e inconsulta- que engrosa las filfas de un legislador popular sin pueblo alguno.

Ahora, analizando con detenimiento el Decreto-Ley, tal y como lo indicamos hace un par de años, el mismo es parcialmente

²⁷⁴ Decreto Presidencial n° 603, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 40.299 de fecha 21.11.2013. Según el III Inventario Nacional de Barrios, para 1993 más del 61% de los habitantes de las principales ciudades del país vivía en barrios. Si se hace referencia al total de la población urbana -84% de la población total según censo de 1990- más de la mitad de la misma, unos 10 millones de personas, vive en barrios no integrados al tejido urbano de nuestras ciudades. Para más detalles véase MARTÍN FRECHILLA, J.J. *Obras Públicas. Siglo XX*. En: *Diccionario de Historia de Venezuela*. Caracas, Fundación Polar, 1997, Vol. III, pág. 387.

²⁷⁵ Decreto Presidencial n° 8.198, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos o Periurbanos. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 39.668 de fecha 06.05.2011.

²⁷⁶ Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, n° 6.151 de fecha 18.11.2014.

inconstitucional²⁷⁷. Es necesario detenernos en la esencia misma del equipamiento urbano. Concepto y naturaleza que es mixtificado sin ningún orden lógico o epistemológico que pudiera otorgarle legitimidad científica. Preliminarmente el equipamiento urbano no debe entenderse como mera infraestructura de servicios públicos o esparcimiento. Tampoco son espacios baldíos o abandonados donde lo más resaltante es la vegetación descontrolada. Mucho menos agregados de estética urbana, así los mismos equipamientos busquen humanizar y armonizar el perfil de la ciudad²⁷⁸. El equipamiento es el sello característico del urbanismo moderno que evita el caos urbano y la mera aglomeración de personas y edificios, erigiéndose como la *expresión de la socialización del espacio urbano*²⁷⁹.

Para establecer una conceptualización jurídica de los equipamientos urbanos, es necesario revisar los textos normativos que los contemplan o regulan desde 1977 en adelante, fecha ésta última, cuando se recogen las viejas reglas técnicas del Ministerio de Obras Públicas en materia de equipamiento comunal. Lo que sí debemos tener en cuenta de antemano, es que el equipamiento son zonas donde existe la obligación *non aedificandi*, como apuntó el profesor BREWER-CARIÁS, salvo, para lo que se refiere a determinados tipos de construcciones directamente complementarias de los jardines, parques, plazas y campos deportivos o recreacionales²⁸⁰.

Su regulación fue precisada científicamente en la Resolución n° 151 de MINDUR, contentiva de las NORMAS PARA EQUIPAMIENTO URBANO²⁸¹, en su objeto estatuye: “(...) *que se establecen la proporción de usos comunales que se requieren en las ciudades para lograr un*

²⁷⁷ Véase URBINA MENDOZA, EMILIO J. “La transformación inconstitucional del concepto sobre equipamiento urbano como <<escala de regionalización>> en el Decreto-Ley de Regionalización Integral para el Desarrollo Socioproductivo de la Patria”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 140, 2014 (octubre/diciembre), pp. 383-400.

²⁷⁸ Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, CARMEN. *Estética y Paisaje Urbano. La intervención administrativa en la estética de la ciudad*. Madrid, Editorial La Ley, 2011, pp. 64-73.

²⁷⁹ INSTITUTO DE ESTUDIOS REGIONALES Y URBANOS DE LA UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR y CONSEJO NACIONAL DE LA VIVIENDA. *Formulación de Normas de Equipamiento Urbano. Informe Final*. Caracas, Fundación de Investigación y Desarrollo (FUNINDES) e Instituto de Estudios Regionales y Urbanos de la Universidad Simón Bolívar, 1999, pp. 2-4.

²⁸⁰ Véase BREWER-CARIÁS, ALLAN R. *Urbanismo y Propiedad Privada*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1980, pág. 506.

²⁸¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n° 33.289 de fecha 20.08.1985.

medio urbano armonioso y un funcionamiento eficiente y cónsono con los requerimientos de la población. Son de obligatorio cumplimiento en la planificación, gestión y desarrollo de los conjuntos urbanísticos (...)” (Art. 1).

De igual forma, la Resolución nº 533 del Ministerio del Desarrollo Urbano, contentiva de las REGULACIONES TÉCNICAS DE URBANIZACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS APLICABLES A DESARROLLOS DE URBANISMO PROGRESIVO²⁸², en su glosario de términos se contempla: “(...) 6. *Área de Equipamiento Urbano: Se refiere a los terrenos previstos para las escuelas, campos de juego, parques y demás equipamientos, accesible a todos los miembros de una comunidad y cuya propiedad, control y mantenimiento podrá estar a cargo de organismos públicos, instituciones privadas o la propia comunidad (...)*”.

Como puede observarse, encontramos cuatro notas comunes en las previsiones normativas citadas textualmente. Primero, los equipamientos son áreas o infraestructura para la dotación de un servicio, sea cual sea su naturaleza. Segundo, estos inmuebles son de carácter comunal, es decir, que su ratio descansa en que obligatoriamente se conciben para ser disfrutados por todos los miembros de la comunidad, dependiendo del ámbito de aplicación del equipamiento. Tercero, los espacios destinados para tal fin, están revestidos del carácter demanial²⁸³, es decir, protegidos por un régimen de Derecho Público que los hace inembargables, imprescriptibles e inalienables, así el origen de dicha propiedad sea privada. Cuarto, ya desde la función o teleología, están diseñados para *humanizar el medio urbano incrementando progresivamente la calidad de vida de las ciudades, poblados o comunidades, según sea la magnitud urbanística*.

²⁸² Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, extraordinario, nº 4.085 de fecha 12.04.1989.

²⁸³ Por regla, los terrenos para equipamientos urbanos que se ubican dentro de la poligonal urbana, salvo disposición legal en contrario, son ejidos. Ello ha sido así desde la publicación en Gaceta Oficial de la primera Ley Orgánica de Régimen Municipal (1978) y sus sucesivas reformas (1984, 1988 y 1989). En la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, se ratificó este carácter demanial en su artículo 147. Para más detalles, véase TURUHPIAL CARIELLO, HÉCTOR. *Los ejidos como bienes patrimoniales demaniales municipales y no como limitaciones urbanísticas a la propiedad privada (Comentarios críticos a dos sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional)*. Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2012, pp. 7-17.

Con el Decreto-Ley, todas estas notas son eliminadas para convertirlos en una *opción* para las edificaciones de Gran Misión Vivienda Venezuela. Erróneamente el instrumento legal asume que los equipamientos urbanos se calculan sobre la base del área y no por la densidad poblacional como siempre ha sido. Basta revisar las denuncias sobre la ausencia del equipamiento urbano básico y encontrarnos en que se construyen casas y departamentos pero carentes muchas veces de los servicios básicos.

Estas carencias transforman las que pudieron haber sido soluciones habitacionales hacia verdaderos desastres urbanísticos, por cierto, ya documentados a nivel global como por ejemplo lo que se concibió como una panacea urbanística en el siempre recordado y estudiado proyecto de bloques PRUITT-IGOE (San Luis, Misuri 1954), que terminó siendo demolido en 1972 por su devenir como calamidad o contraindicación de la planificación urbana²⁸⁴. Los equipamientos urbanos son imprescindibles, porque es lo que transforma un territorio en verdadero HÁBITAT, humano, humanizado y humanizador, sin importar el tiempo en que transcurra o las generaciones que hayan ocupado el urbanismo.

1.5.4. Los cambios arbitrarios y populistas de zonificación o de uso por la Presidencia de la República.

Otra de las patologías gravísimas de este momento en el que transcurre nuestro régimen legal urbanístico, tiene que ver con las cada vez más grotescas intervenciones inconstitucionales del Ejecutivo Nacional sobre la planificación urbana. En diciembre de 2014, justo cuando se cumplían los primeros 25 años de la LOOU, el Presidente de la República decidió sin realizar las consultas técnicas pertinentes, un “(...) *Cambio de uso sobre unos terrenos ubicados en el Municipio Libertador del estado Mérida (...)*”. Óigase bien ¡CAMBIOS DE USO! sobre una parcela con zonificación educacional para hacerla residencial para la Gran Misión Vivienda Venezuela²⁸⁵.

²⁸⁴ Véase RAMROTH, WILLIAM G. *Planning for Disaster: How Natural and Man-made Disaster Shape the Built Environment*. Kaplan Publishing, 2007.

²⁸⁵ Sobre este particular, publicamos un trabajo denunciando la más burda violación a la tradición urbanística venezolana en materia de cambios de zonificación. Para más detalles, véase URBINA MENDOZA, EMILIO J. “El Decreto Presidencial n° 1.542 como golpe a la auto-

En resumen, el Decreto como acto administrativo <<otorga un cambio de uso>> sobre una porción de suelo urbano del Municipio Libertador del estado Mérida. Según se desprende del artículo 1 bajo análisis, la zonificación prevista en el sector está destinada para *usos educativos* (equipamiento urbano) y el Ejecutivo Nacional, eufemísticamente aplicando disposiciones de la LOOU, procedió a “otorgar” el cambio de uso *a residencial*, como si de suyo, existiese una petición de por medio amén de presumir legalmente competencias para resolver uno de los procedimientos más complejos como son los cambios de uso o zonificación.

Por primera vez en la historia normativa-urbanística nacional, la República realiza un inconcebible cambio de uso, procedimiento éste determinado en la LOOU (Art. 46) bajo supuestos específicos y donde el órgano público exclusivo para materializarlo es el Concejo Municipal, es decir, la rama legislativa del Municipio. Ni siquiera durante la etapa de mayor centralización administrativa (1958-1982) había procedido a inmiscuirse competencialmente dentro de las atribuciones exclusivas de los Municipios, como es la calificación del suelo urbano o los cambios del mismo.

Tampoco los Alcaldes, que en sí manejan administrativamente el control urbano, han sido tan atrevidos para usurpar funciones propias de los Concejos Municipales. En pocas palabras, los cambios de uso son actos de naturaleza legislativa, pues implican la modificación de una Ordenanza, sea la contentiva del Plan de Desarrollo Urbano Local (PDUL) o las clásicas de Zonificación. Y las Ordenanzas, como bien lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

“(…) **no son actos de rango sub-legal**, por lo que no están subordinadas a la ley. En nuestro ordenamiento jurídico existen tres niveles de legislación, todos de idéntico rango: el nacional, el estatal y el municipal. Es ese mismo rango el que, precisamente, permite que todas esas normas (leyes nacionales, leyes estatales y ordenanzas

nomía municipal. Una reinterpretación nacionalizadora de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística”. En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)*. Caracas, Universidad Monteávila, nº 5, 2015 (enero/abril) [en línea: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2015/09/Emilio-J-Urbina-Mendoza1.pdf>].

municipales) sean impugnables ante la jurisdicción constitucional, que está a cargo de esta Sala. (...)

(...) En realidad lo que existe es la división constitucional del poder, con lo que a cada nivel territorial corresponde una parte del mismo, sin posibilidad de injerencia de otros órganos. **En esa distribución puede resultar que los Concejos Municipales tengan que ajustar sus decisiones a normas nacionales o estatales, pero a la vez ocurre que, en muchos otros supuestos, los Municipios actúan con entera libertad, sin que ni la Asamblea Nacional ni los Consejos Legislativos de los Estados pueden limitar ese poder. Se trata, entonces, de un asunto de competencia y no de jerarquía**, como pretende hacerlo ver la parte demandante (...)”²⁸⁶ (negrillas y subrayado nuestro)

Por ello, siguiendo la tesis pacífica de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, donde, las Ordenanzas son leyes de naturaleza local, no entendemos cómo un Decreto Presidencial que es de rango sub-legal²⁸⁷ -y esgrimiendo su ejecución directa en la LOOU según los considerandos- pueda alterar el contenido de las Ordenanzas de naturaleza urbanística, en este caso, del Municipio Libertador del estado Mérida. Realmente, una patología difícil de digerir si de verdad vivimos en un Estado de Derecho y de Justicia.

1.5.5. El fin del procedimiento administrativo urbanístico y el retorno al oscurantismo del “Permiso de Construcción”.

El período bajo análisis lo cerramos con otro irracional actuar de la República relativa a la modificación inconstitucional del procedimiento administrativo-urbanístico por excelencia: *la constancia de adecuación*

²⁸⁶ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n° 1984 del 22 de julio de 2003 (Caso: *Nulidad de la Ordenanza sobre Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia*). Magistrado-Ponente: Antonio J. García García.

²⁸⁷ Sobre la naturaleza de los Decretos Presidenciales dentro del sistema de fuentes normativas y jerárquicas en Venezuela, véase HERNÁNDEZ-MENDIBLE, VÍCTOR RAFAEL. *Los actos administrativos: generales e individuales*. En: AAVV. *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 87-130.

a las variables urbanas fundamentales. Lamentablemente, se incorporó en la LEY CONTRA LA ESTAFA INMOBILIARIA (LCEI), un capítulo completo que debe resultar escandaloso para propios y extraños.

En su Capítulo V se puede leer el título “De la Permisología”, asumiendo un término que además de considerarse un error gramatical, implica por partida doble aceptar la fútil noción de la “Ciencia de los Permisos”, es decir, que llegamos a unos límites de frivolidad legislativa porque condicional la existencia de este tratado es concebir como política de Estado lo que se superó en 1987 cuando la LOOU estableció el procedimiento común urbanístico. Pero, el cinismo va más allá. El artículo 4 define legislativamente qué significa la “Permisología” al entenderla como “(...) *el conjunto de permisos que se requieren, especialmente los que emanan de organismos oficiales, para una actividad determinada, como constituir empresas, realizar obras, entre otras (...)*”. Sobre advertir que el artículo es gráfico. Ya en una oportunidad hicimos el análisis detenido²⁸⁸, lo que nos obligó a la interposición de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad a mediados de 2013²⁸⁹.

Lo más censurable no sólo al concepto sino al procedimiento que desconoce el carácter orgánico de la LOOU, es la reintroducción del mote “Permiso de Construcción”, ya erradicado en Venezuela desde 1987. Su eliminación fue un triunfo para el Derecho administrativo formal y facilitó un avance importante en la materia. Por ello, al rescatarse en 2012 la calificación de “Permiso de Construcción” como uno de los eslabones más oscuros de nuestra historia normativa, resultó ser la más abyecta manifestación del antiurbanismo propugnado desde las más altas esferas gubernamentales deseosas de introducir un socialismo infantil donde lo conocido es absoluta y radicalmente abrogado²⁹⁰. Ni

²⁸⁸ Véase URBINA MENDOZA, EMILIO J. *El retorno del Permiso de Construcción: La reforma de los procedimientos administrativos urbanísticos en la Ley contra la Estafa Inmobiliaria*. Caracas, FUNEDA, 2013.

²⁸⁹ Sala Constitucional, expediente-Asunto 2013-583.

²⁹⁰ Véase CASAL, JESÚS MARÍA. “Un paso más en la construcción del Estado socialista comunal”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 130, 2012 (abril-junio), pp. 89-99. BREWER-CARÍAS, ALLAN R. “¿Reforma administrativa en Venezuela? O la transformación no siempre planificada de la Administración Pública, para la implementación de un Estado Socialista al margen de la Constitución, mediante la multiplicación, dispersión y centralización de sus órganos y entes”. En: *Revista de Derecho Público*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, n° 132, 2012 (octubre-diciembre), pp. 7-27.

siquiera el legislador prestó atención a las líneas jurisprudenciales bien definida sobre estos procedimientos²⁹¹.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL RETO POR LA RECONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO URBANÍSTICO VENEZOLANO. DESAFÍOS DE CARA AL 2025.

El pesimismo que aporta lo experimentado desde 2011 en adelante, acelerado con el ascenso, en 2013, a la Primera Magistratura Nacional del Presidente Nicolás Maduro Moros, debe necesariamente introducirnos dentro de los territorios más profundos de la reflexión proactiva. Logramos hacer una apretada síntesis de 70 años de historia jurídico-urbanística, constatando evoluciones y retrocesos curiosamente vinculados a las mentalidades de nuestros gobernantes. Del régimen legal rudimentario, pasamos a otro más complejo con su proliferada legislación dispersa y centralización administrativa.

La experiencia nos inclinó asumir el modelo de planes jerarquizados con el momento culmen al publicarse en Gaceta Oficial la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Sobre esta experiencia, la doctrina y jurisprudencia urbanística logró ascender hacia estados de tecnificación propios del primer mundo y poder exhibir un Derecho urbanístico venezolano.

Lamentablemente, al introducirse en Venezuela la ideologización de todo como un absoluto, los logros comenzaron a desmoronarse desmontando el discurso y llevarlo hasta niveles despreciables de pauperización intelectual. Por ello, el reto que nos imponemos desde este momento es rescatar nuestra experiencia histórica y enfrentarla.

Potenciar aquellas soluciones técnicas que facilitaron esa ciudad de ensueño pero a su vez pragmática. Próspera y generadora de oportunidades, pero competitiva y frustrante. Debemos construir las bases para que la RESILIENCIA sea elemento integrador de los ciudadanos en nuestras urbes venezolanas ya de por sí pauperizadas. De forma reciente, la doctrina urbanística más calificada, entiende el término para

²⁹¹ CORTE PRIMERA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Sentencia del 14/08/1985 (*Caso: Asociación de Vecinos de la Urbanización “Los Naranjos”-vía Alto Hatillo Vs. Municipalidad del Distrito Sucre del Estado Miranda* (consultada en original).

aplicarlo a cualquier instrumento de planificación urbana²⁹², aunque históricamente, pensadores clásicos como RENÉ DESCARTES, resaltarían sus beneficios en los siguientes términos:

“(...) No importa cuan espaciosa sea una casa de campo, siempre le falta una infinidad de comodidades que sólo pueden ser encontrada en las ciudades; y hasta la soledad que uno espera hallar nunca es perfecta. Admito que pueda encontrar un canal que realice el sueño más gárrulo, y un valle tan solitario que les inspire éxtasis y alegría; pero será difícil que pueda evitar a una cantidad de pequeños vecinos que a veces le fastidiarán, y cuyas visitas son incluso más molestas que las que usted recibe en París. Por contraste, en la gran ciudad en que me encuentro, no habiendo nadie, excepto yo, que no sea mercader, todo el mundo está tan pendiente de su beneficio que podría vivir aquí toda mi vida sin haber sido visto nunca por nadie. Yo paseo todos los días entre la confusión de grandes multitudes con tanta libertad y reposo como usted puede encontrar en sus senderos, y no miro a las personas que veo, más que a los árboles que uno encuentra en vuestros bosques o a los animales que pasan por allí. Incluso el ruido de su actividad no interrumpe mis ensoñaciones más que el de un río. Si algunas veces reflexiono sobre sus actividades, lo hago con el mismo placer que usted tiene en contemplar a los campesinos cultivando sus parcelas, pues veo que toda su labor sirve para embellecer el lugar donde vivo y para asegurar que no me falte nada. Pues si hay placer en ver los frutos crecer en vuestros huertos y recrear la vista con la abundancia, no es menor ver a los barcos llegar aquí trayéndonos en abundancia todo lo que las Indias producen y todo lo que es raro en Europa. ¿Qué otro lugar del mundo puede uno elegir en el que todas las comodidades de la vida y cualquier curiosidad que uno pueda desear sean tan fáciles de encontrar como aquí? (...)”²⁹³

²⁹² Véase ALONSO IBÁÑEZ, MARÍA ROSARIO. “De la política urbanística a la política urbana: los retos actuales del Derecho urbanístico”. En: *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Madrid, n° 277, 2012 (noviembre), pp. 13-28. También, véase MARTIN REBOLLO, LUIS. *Derecho urbanístico: concepto y contenido*. En: AAVV. *Fundamentos de Derecho urbanístico*. Madrid, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 41-52.

²⁹³ RENÉ DESCARTES. (Carta de fecha 03.05.1631, al escritor *Jean-Louis Guez de Balzac*, traducida por A. Bridoux en *Oeuvres et lettres*. París, 1949, pp. 728-730).

Nuestra historia de finales del XX y siglo XXI fue y será una historia eminentemente urbana²⁹⁴. Sus huellas sólo ocurren en los ámbitos urbanos donde para mediados de 2050, vivirá cerca de las 2/3 partes de los seres humanos. No en vano los llamados internacionales de actores urbanísticos clásicos como los más emergentes, invitan a reencontrarnos con esa historia, tal y como lo rescata las palabras de Su Santidad, el PAPA FRANCISCO:

“(...) 151. Hace falta cuidar los lugares comunes, los marcos visuales y los hitos urbanos que acrecientan nuestro sentido de pertenencia, nuestra sensación de arraigo, nuestro sentimiento de “estar en casa” dentro de la ciudad que nos contiene y nos une. Es importante que las diferentes partes de una ciudad estén bien integradas y que los habitantes puedan tener una visión de conjunto, en lugar de encerrarse en un barrio privándose de vivir la ciudad entera como un espacio propio compartido con los demás (...)”²⁹⁵

2025 está a la vuelta de la esquina, y Venezuela requiere repensar sus ciudades. Pero, poco o nada logrará en la renovación urbanística, si continúa empleando mecanismos aislados, poco responsables y de dudosa legitimidad en materia técnico-jurídica como los AVIVIR, las misiones del Barrio Tricolor, los cambios de uso y toda la parafernalia burocrática que publicita la Gran Misión Vivienda Venezuela. Debemos cuanto antes erradicar la tentación de resolver problemas particulares de vivienda a la gente, destruyendo la ciudad.

²⁹⁴ MATAMOROS, BLAS. “De tropiezos y retornos”. En: *Cuadernos Hispanoamericanos*. Madrid, AECI, n° 594, 1999, pp. 35-43.

²⁹⁵ Carta Encíclica *Laudatio Si, sobre el cuidado de la casa común*. Roma, AAS n° 107, 9, de fecha 04.09.2015, pp. 84-945.

RESUMEN

La recepción del Derecho urbanístico en Venezuela comienza en 1946 con la creación del primer órgano técnico de naturaleza planificadora: La Comisión Nacional de Urbanismo. A partir de este decreto, se introduce en el país los conceptos, instituciones y procedimientos propios de la ordenación urbanística. Sin embargo, esta recepción ha ocurrido en cinco (05) etapas diferenciadas: Impulso urbanizador estatal (1946-1957). La estrategia centralizadora y reglamentaria (1958-1982). El Derecho del plan urbanístico (1983-2001). Los planes popularizados (2002-2010). La atomización y deconstrucción del sistema normativo urbanístico por la reglamentación dispersa (2011-). Estas diferentes fases perfilaron nuestro peculiar Derecho urbanístico, que de cara al 2025, es necesario reconstruirlo y devolverle su vigor.

PALABRAS CLAVES

Ordenación urbanística
Derecho Urbanístico
Climetría
Etapas de Desarrollo

**COMIENZO DE UNA REFLEXIÓN FILOSÓFICA
ACERCA DEL DERECHO ACTUAL.
PROF. JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA.**

No vamos a perder mucho tiempo en definir algo –en este caso la filosofía– cuando lo importante, en realidad, no son las conceptualizaciones sino el efecto que en nuestras vidas tiene la forma de adoptarlas (ello no se refiere solo a nosotros sino a los que pueden hacerlas propias en lugar de nosotros). El tema central de lo que alguna vez asumimos como la “infallibilidad de la observación” considerando como hacen los científicos algo que no se pone en duda, nos lleva a repensar las máximas jurídicas (como el producto de la observación) como algo que no es tan infalible como creíamos.

Si vemos al Derecho como parte de nuestro mundo, no evidentemente natural, se nos plantean algunas matizaciones relativas a la revisión de las teorías acerca de: el salvado de la data que ha contribuido a la elaboración de las mismas; ¿cómo manejar las conceptualizaciones pasadas en término de lo observable hoy en día?; ¿cuáles son los objetos jurídicos a analizar y qué dice la teoría de ellos?; ¿podemos hablar de un método científico del Derecho o simplemente nos resignamos a observarlo en las ciencias que determinan su forma de ser?; ¿cuál es el valor de los hábitos y las costumbres a la hora de establecer parámetros generales de actuación que en primer lugar son sociales y luego jurídicos?; ¿cuál es la relación con el lenguaje común que parece ser una expresión más natural que el jurídico a la hora de definir formas de actuar?; ¿cómo debe definirse, al final, el rol de la moral y la justicia en el Derecho con miras a especificar los límites de cada uno? y finalmente, en una enumeración que no pretende ser taxativa, vale la pena tomarnos algún tiempo para pensar en la penumbra, obscuridad y vaguedad que a veces puede acompañar al Derecho como institución llamada a poner algún grado de orden a las relaciones sociales.

No es ajeno a nuestra forma de observar el mundo el tratar de dilucidar lo evidente de las cosas para inmediatamente extrapolarlo a lo

jurídico. Dicho proceso puede ser desvirtuado fácilmente por el observador como a menudo ocurre en la política. No deja de estar presente en muchos, aquella idea de Nietzsche relativa a que no hay verdades sino interpretaciones. El mismo camino, en un lenguaje más actual, fue recorrido por Michel Foucault. Pero en todo caso como en los comentarios que realizamos recurrimos a lo que la filosofía le puede aportar al Derecho, en ello no podemos dejar de pensar en las primeras causas de todas las cosas. Lo anterior adquiere matices de mayor complejidad cuando entramos en el terreno del pensamiento y pudiera complicarse algo más cuando al mismo lo vemos desde la perspectiva señalada por algunos filósofos de “cuestión de sentido”. ¿Cómo se ve al Derecho a la hora de comparar lo logrado –al menos en lo que al Derecho positivo se refiere– frente a la cuestión relativa al pensamiento como “cuestión de sentido”?

A veces las respuestas no son tan positivas (en lo relativo al Derecho) y recurrimos no solo a lo planteado por el Derecho natural sino también a lo formulado por la fenomenología para referirnos a la “esencia de las cosas” la cual es anterior a la ley positiva (esencialidad vs. positividad). No es accidental que la obra de Reinach *Los fundamentos a priori del Derecho civil* haya adquirido en los últimos años toda una necesidad de revisión vinculada con determinaciones diferentes al Derecho natural pero previas a cualquier positivización del Derecho. Lo anterior supone de forma más que evidente algo difícil de aceptar por el positivismo: que el Derecho es algo previo al Derecho positivo. Pero volviendo a la filosofía la gran clave de todo no solo radica en el pensamiento sino también en su interpretación. Aquí entramos en algo más complejo que requiere dar explicaciones a la forma en que percibimos al mundo, a nosotros mismos y a los demás a través de la forma sico-social de relacionarnos con ellos.

No puede pasar desapercibido para nosotros que nuestra forma de asumir el Derecho no puede desligarse de nuestras creencias. Lo difícil del caso se refiere a cómo construir las mismas en un mundo el cual parece razonable, siguiendo a Descartes dudar de todo (menos de que por pensar existo). En cualquier caso el escepticismo en su expresión argumentativa parece marcar una tendencia, extensible al Derecho acerca de una línea de expresión en la cual nos podemos estar refiriendo

a: argumentos acerca de la justificación de las oraciones (incluyendo las jurídicas); las proposiciones y las declaraciones y las creencias. La palabra “si” parece obtener su vía de reconocimiento para salirnos de lo que no puede tener o representar valores absolutos. La dificultad radica en que muchas veces el uso del “si” condicional no está determinado por niveles de objetivación adecuados o por un conocimiento más o menos integral por parte de quien lo formula.

Más de una vez podemos haber pensado acerca de cómo liberar al Derecho del “demonio” cartesiano que evita el análisis objetivo de la realidad. La “ilusión” planteada por Descartes parece afianzarse en algunas sociedades –a menos por parte de los que las gobiernan– que se ponen de espalda frente a la realidad con la ilusión de que la misma pueda cambiar y se ajuste a lo que requieren. Cuanto se alejan de Berkeley que decía que “ser es ser percibido”. Percibido tal como se es para precisar más el contenido de su idea. En este caso la percepción no se refiere solo al mundo natural sino al social que se rige por necesidades muy distantes –en algunos casos– a las que percibe el gobernante o quien pretenda asumir ese rol. Lo que nunca puede dejar de verse es que cualquiera que sea la forma que tenga el Derecho de relacionarse con el ciudadano –no en forma abstracta para disfrazar sus necesidades– debe asumir –como enseña la filosofía– que el pensamiento y la extensión son atributos del alma y del cuerpo. Por cierto que esa doble dimensión del ser humano es frecuentemente desdeñada por la política y el Derecho actual para quienes a veces los ciudadanos son solo individuos y no personas.

En una mejor aproximación a la realidad determinamos que no es solo la experiencia sensorial la que determina nuestra forma de vivir sino que se hace indispensable separar lo que nos viene de la experiencia de los sentidos de lo originado en la conciencia. Lamentablemente el Derecho, a lo largo de su historia, ha optado por aceptar lo que no es verdadero pero es más fácil de explicar. En nuestro trabajo sobre la “Intención” pudimos constatar un largo desarrollo de ideas difíciles de armonizar con la conciencia humana. Así como Edmund Husserl planteaba prescindir de su rabia frente al eslogan político expresado en el pizarrón con el objeto de ir a la pura esencia insertada en el contenido de los llamados estados mentales así el Derecho debería hacer

un esfuerzo por –así no estemos de acuerdo con la llamada “reducción fenomenológica”– ir a lo esencial contenido en las cosas y prescindir de las aproximaciones poco confiables –a veces falaces– del mundo que nos rodea.

Puede que haya algo de razón en Fichte cuando señalaba que la persona debe conocerse ella misma como objeto. Lo cierto es que somos más que eso pero frente al conocimiento y a la conciencia que hace un recuento vivo de cómo actuar frente al mundo somos un objeto de conocimiento más. La perspectiva de ver las cosas desde el punto de vista de la primera persona puede ayudar a profundizar lo anteriormente señalado. Quizás uno de los problemas del Derecho es su análisis de un tercero que a veces exige explicaciones más conspicuas y repletas de presunciones. Al final cuando no sabemos algo a ciencia cierta lo presumimos. De cualquier manera el tratar de conocer los estados mentales de las personas –como ha hecho el Derecho– por presunciones no es la forma más adecuada de hacerlo (posiblemente no es la más científica). El privilegio derivado del conocimiento de primera persona como lo señaló Anscombe no puede fácilmente ser substituido por otra forma explicativa de la acción humana. Al final solo uno mismo conoce (como señaló Anscombe) sus propias intenciones. Wittgenstein se refería a los estados mentales como aquello que yo creía que era y siempre me era revelado. Por ejemplo los demás podían dudar de mi dolor pero yo nunca podía dudar de él. Es más que obvio que para el autor que acabamos de mencionar los estados mentales no son como en Descartes privados y se refieren a algo relacionado con nuestros sentimientos.

Por su parte el jurista tiene una visión correctiva de la vida social. Pretende en el fondo de su razón de ser como jurista, mejorarla. Lo anterior exige una metodología adecuada para tomar decisiones efectivas y que se alejen de los intereses que podríamos tener. Para John Rawls se trataba de libertad e imparcialidad. Ello exigía colocarnos dentro del “velo de la ignorancia”. Pudiéramos seguir la fórmula de Santo Tomas del bien común para orientar lo que queremos. El problema de cualquier alternativa es la definición del concepto adoptado lo cual va a exigir desde el punto de vista social un estricto análisis de contenido.

Si siguiéramos la evaluación del utilitarismo inglés y más recientemente la escuela económica del Derecho deberíamos concentrar

nuestro análisis en aquello que produce el mayor bienestar posible entre la mayoría. El problema de estos análisis –al estilo de R.H. Coase– es que lo “justo” no siempre es un tema de mayorías. Pensemos en el niño que se muere de cáncer porque el industrial prefiere contaminar que pagar menos impuestos porque esa es una de sus alternativas aunque a la larga sea más costosa. No es fácil medir los valores en términos de costo y ello es una variable a veces no considerada.

En la obra de Quine estos temas valorativos de naturaleza subjetiva no son determinantes. Para él el filósofo y el científico están en el mismo bote. Podríamos montar también al jurista. Para Kant vivimos en un mundo de cosas observables en el cual nuestros conceptos adquieren sentido mediante la experiencia (ello no es contrario a Quine). El asunto esencial es que para Kant la estructura de nuestro conocimiento se refiere a la idea de un mundo más allá (si se puede decir así) de la experiencia. Un mundo en el cual la naturaleza de las cosas es independiente de su apariencia (de ese análisis viene al final el concepto de noumenón).

En la filosofía actual muchos filósofos del Derecho como Leiter siguen a Quine en el sentido de señalar al “naturalismo” como una forma metodológica de aproximarse a la realidad en virtud de la cual acercamos la teoría filosófica a la investigación empírica de las ciencias. En la filosofía jurídica norteamericana naturalismo y pragmatismo se han combinado tal como dice Brian Leiter en *Naturalismo y teoría del Derecho* para resolver problemas filosóficos tradicionales (que no se pueden solucionar con métodos tradicionales a priori de los filósofos) que requieren ser implantados o reemplazados por teorías empíricas. Para Joseph Singer el naturalismo es una forma de concebir al Derecho (desde el punto de vista del ser y del deber ser) como basado en la experiencia humana, la política y la ética. Desde esta perspectiva nos alejamos de la concepción kantiana según la cual los principios jurídicos no obedecen a ningún sistema lógico, universal y atemporal. No olvidemos que para Kant “una doctrina jurídica únicamente empírica es como la cabeza de madera de la fábula de Fedro, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso”. No puede la filosofía jurídica actual desvincularse de H.L.A. Hart para quien el Derecho es un ensayo de sociología descriptiva en el que no puede faltar el recurso al empirismo. De alguna forma las expresiones relevantes dependen de

un contexto social que no siempre es visible para nosotros, al menos en la forma de expresarse.

Lo que a ciencia cierta no va a dejar de generar dudas es cómo construir al Derecho actual, de forma empírica, sobre una base social que pudiera no ser entendible por todos los actores. No es que sea manipulable a la hora de interpretarla, ello siempre es un riesgo, sino que siempre debemos tener en cuenta cómo incorporar esos factores fundamentales que en la vieja discusión del primado de la razón entre Fichte y Scheler se refería a “una forma de vida moral duradera”. Aquí surge para los filósofos el tema de la conciencia que a veces puede no ser fácil de explicar en un mundo de eventos conectados causalmente. Ello hace que el Derecho se pregunte acerca de lo que verdaderamente somos responsables. Responsabilidad en el sentido de relacionar al sujeto consciente con su acción. El tema tiene una complejidad adicional si añadimos el tema de la libertad. ¿Somos verdaderamente libres? Más bien no será que el Derecho se comporta como una forma de expresión (al menos en su manera de comunicarse) que al igual que el lenguaje común exige un conocimiento de las reglas que gobiernan el uso de los términos individuales para que seamos capaces de derivar de dichas reglas las verdaderas condiciones de las oraciones que puedan ser construidas a partir de ellas. Lo anterior es expresado por Marianne Constable en los siguientes términos: “para muchos es evidente que el Derecho es una cuestión del lenguaje que no puede ser capturado por reglas”. Ciertamente Constable no se refiere a las reglas del lenguaje sino a las jurídicas. La dificultad que parece derivarse de esa presunta antinomia regla del lenguaje *vs.* regla jurídica podría ser la de la utilización (como legal) de un lenguaje no filtrado por ningún tipo de técnica formal lo cual ha llevado en países como el nuestro a la utilización, bajo la excusa de una pretendida revolución en curso, de un vocabulario incoherente en el cual se pierde el sentido de las palabras. Pareciera ante ello que la exigencia lógica de Russell se nos evade en un mar de desinterés frente al cual la lógica no es sino una manera de vender un producto difícil de entender por los nuevos gestores de los asuntos públicos. Me refiero a Russell no porque lo vayan a escuchar más que a nosotros sino más bien por haber mantenido el predominio lógico en medio de posiciones personales muchas veces divergentes con los

poderes establecidos en la sociedad. En tal sentido señalaba: “Nosotros podemos construir nuestra lógica dentro de la idea de que las palabras se refieren a las cosas: nombres para los objetos, oraciones para los valores verdaderos y términos generales para las “clases” (cosas que tienen otras cosas como sus miembros)”.

Lo difícil es tratar de construir un mundo lógico que contradiga la aparente lógica de nuestras propias necesidades: políticas, familiares, ideológicos y todo tipo de interés que al final determina lo que expresamos aun sin entenderlo. Desde esta visión el Derecho es un instrumento privilegiado para expresar lo no entendible que exige un cumplimiento similar a lo entendible. De paso la filosofía ha mantenido algún grado de constancia al enseñarnos que las verdades más evidentes son las más difíciles de explicar.

Tal como señala Alexius Meinong la filosofía ha sido capaz de crear muchos objetos metafísicos indefinidos pero lo peor es crear frases sin sentido para referirse a ellos. Sería perverso para todos hacer una lista de frases sin sentido para explicar las realidades más extravagantes que vivimos. Pero el que las anuncia parece adquirir un poder extra-natural para hacerlo a pesar de la hilaridad que pudiera provocar. En algunas ocasiones pudiera parecer exagerado abusar de la capacidad del pensamiento (por más limitado que sea en algunos) para crear una realidad que el mismo es incapaz de crear y que con toda certeza no controla. Que grave problema encaramos cuando nuestros dirigentes se comportan como si fueran únicos en el mundo (incluyendo a lo local) o el centro del mundo dando lugar a ocurrencias tan extraordinarias que no hay ejemplos en la historia. En realidad les cuesta pensar que no creamos la realidad más bien se nos impone como nuestra propia imagen frente al espejo. No es casual que en estos días se hable de “hibris” como una forma de confianza excesiva en nosotros o una actitud soberbia frente a lo que nos rodea. Ello podría ser entendido en el Lucifer del “Paraíso Perdido” de Milton pero de ninguna forma en la Venezuela de hoy en día la cual no puede mostrar ningún tipo de logro de los que vale la pena mostrar. No es solo lo que es verdadero sino lo que lo hace verdadero lo que debemos asimilar a nuestro análisis si queremos superar dogmatismos recurrentes en nuestra manera de vivir. Aunque podemos pensar con el pragmatismo que la verdad supone utilidad quisiera pensar

que la utilidad pudiera estar ausente en decisiones que exigen un requerimiento a la moral permanente o absoluta. Si coincidieran utilidad con moral podríamos estar jugando una carta peligrosa para la moral o sencillamente llegando a un nivel de ajuste entre utilidad y moral difícil pero no imposible de lograr.

Posiblemente, respetando las creencias de cada quien, deberíamos pensar en Dios como algo que siembra su inmanencia dentro del mundo pero a la vez lo trasciende. Con Nagel podríamos decir que nos aporta una verdad absoluta. Lo cual nos introduce a la exigencia de la misma (verdad) frente a una sociedad como la nuestra en la cual se relativiza todos los días. Se ha pretendido en nuestro medio dividir al mundo arbitrariamente o de acuerdo a ideologías e intereses. Se prescinde de un orden intrínseco de valores y principios totalmente independiente de posturas ocasionales.

Como hace falta –incluso sin utilizar conceptos de identidad como el planteado por Geach con respecto a la cuestión referente a “igual que”– preguntarnos cuál es nuestra identidad frente a lo que hemos sido y queremos seguir siendo. Ello tiene un peso determinante a la hora de valorar moralmente nuestras nuevas formas de ser frente a situaciones que pudieran parecer que son favorables a nosotros (independientemente de los cambios éticos que debemos realizar). No creo que se trata de ir tan lejos como profundizar en las llamadas “leyes de Leibniz” de identidad o en el “sortal concept” de Geach. Se trata de una pregunta cuestionadora entre lo que somos día a día como personas, miembros de un grupo, empresarios, etc. Es la medida exacta de asumir al mundo sin dejar que la moralidad de la permanencia siga presente. En el fondo está esa lógica que le da algún grado de integridad y continuidad a lo que somos. Aunque para muchos es aplicable lo que decía Russell acerca de Hegel: “En la medida que su lógica es peor más interesante resulta”. Lo lógico es que lo interesante –en muchas ocasiones– no cambia nada en nuestras vidas ni en la sociedad.

Pero a pesar de lo dicho por Russell Hegel nos aporta un concepto interesante acerca de la realidad, la cual para él está determinada por la forma que tenemos de concebirla. Lo anteriormente señalado parece hacer coincidir la estructura del mundo con la del pensamiento. Lo que pudiera parecer complicado es su construcción del encuentro

del concepto abstracto (inmediato e indeterminado) que se deriva del pensamiento con el mediato producto de concepciones rivales. De tal encuentro (conflicto entre lo abstracto y lo determinado) surge gracias a la “trascendencia intelectual” una concepción verdadera que abarca a ambos conceptos. Es como si en el Derecho lo abstracto de las ideas y de los conceptos se funde con los aportes de la realidad. Para Hegel toda determinación es una negación. Es todo ese movimiento permanente de la dialéctica que nunca produce un fin. No es extraño que en su relación con Marx sus ideas sirvan hasta cierto punto. La filosofía del Derecho de Hegel defiende temas inaceptables para Marx como el “mayorazgo” y la institución carcelaria. No es casual que Marx pretendiera juzgar las líneas políticas de Hegel (algunas de ellas interesadas) a la luz de su ideología política. En tal sentido Marx le reprochaba el acomodamiento de Hegel a la religión, al Estado, a la Constitución, etc., ya que ello —en opinión de Marx— era contrario a sus propios principios. Pero tal como ha señalado Isaías Berlín para Marx la idea hegeliana había acabado por ser una expresión sin significado alguno, pareciéndole que Hegel había erigido algo así como un sistema especioso de palabras sobre palabras, un método que su generación debía substituir por símbolos que expresaran en lo empíricamente observable objetos reales en el tiempo y en el espacio. Para Maritain la noción marxista de la historia derivó directamente de Hegel, con una transformación del idealismo al materialismo. Con dicha transformación pensamos que el Derecho no fue el más favorecido. De tal forma que puede ser ignorado por el gobernante marxista aunque sirva por un tiempo si da la idea de que se mantiene la institucionalidad por él representada. En otras palabras si por un rato beneficia al proyecto asumido, hasta que el triunfo del proletariado (o el de los líderes de la revolución) lo elimine por innecesario. De cualquier manera hay algunos elementos que nos llaman la atención en el ir y venir de Hegel: su compromiso con un conocimiento que solo está limitado por las ideas absolutas y no por las imperfecciones del mismo; la progresiva unidad entre el que piensa (ser humano cognoscente) y lo pensado (objeto del conocimiento); desde el punto de vista estricto del jurista se plantea (por la unidad entre el ser y el pensamiento) la posibilidad de llegar a una regla jurídica justa como consecuencia del mejor entendimiento del ser; lo anterior supone traspasar el abismo entre el

ser y el deber ser que en la filosofía post humeana tantas dificultades ha creado.

En el fondo de la filosofía del Derecho de Hegel (al menos de su historia) parece relevante señalar que se produce una legitimación del Derecho positivo ya que este es “históricamente inevitable en el camino hacia el Derecho justo”. El problema reside en los que estamos transitando ese camino hacia la justicia que no siempre llega.

Lo que no puede dejar de intrigarnos, por los efectos que pueden derivarse para el Derecho, es lo que Kant distinguía entre lo analítico y lo sintético (sin pretender adentrarnos en la totalidad de la metafísica kantiana). Algunos filósofos hablan de proposiciones y otros de creencias, pensamientos, oraciones, etc. En realidad para muchos una proposición es necesaria si es verdadera. La proposición contingente es verdadera pero pudiera sin embargo ser falsa. La proposición es a priori cuando su verdad puede solamente ser probada por un razonamiento sin recurrir a la experiencia. Es a posteriori cuando la verdad debe ser expresada a través de la experiencia. Pero el centro de todo es la distinción kantiana entre analítico y sintético. Si bien entre Kant y algunos filósofos la explicación pudiera tener algunos matices diferentes se podría decir con autores como Scruton que lo analítico se refiere a lo verdadero de las proposiciones solo en base a los conceptos incluidos en ellas. Mientras que lo sintético es lo que no es analítico.

Mencionamos los conceptos anteriores solo como instrumento referencial para manifestar nuestra preocupación con respecto a la moral, al Derecho, a la dicotomía entre hechos y valores que ha sido puesta en evidencia (aparentemente) por la ciencia actual. A fin de cuentas con Kant la aplicación del uso práctico de la razón. En este orden de ideas la discusión en la que podemos involucrarnos radica en lo planteado por Hilary Putnam acerca de la dicotomía entre hechos y valores. En una obra nuestra en la cual nos referimos a Hilary Putnam lo citamos cuando mencionaba: “Yo muestro como la idea de una absoluta dicotomía entre hechos y valores es dependiente desde el comienzo de una segunda dicotomía, que no es muy familiar para los filósofos, la relativa a juicios analíticos y sintéticos ... hechos *versus* juicios de valor y hechos *versus* verdades analíticas, han corrompido nuestro pensamiento acerca del razonamiento ético y acerca de nuestra descripción del mundo y no

menos importante han evitado que veamos cómo la evaluación y la descripción son entrelazadas e interdependientes”. Pero a pesar de las críticas a Kant por su clasificación de analítico y sintético su rol para el Derecho sigue siendo de cierta consideración. Probablemente en uno de los libros de filosofía política más importantes del siglo veinte: *A Theory of Justice* de Rawls se menciona la siguiente frase de Kant: “actuar injustamente es actuar de tal manera que fallamos en expresar nuestra naturaleza como seres libres e igualmente racionales”.

De alguna manera el pensamiento moral kantiano ha quedado expuesto a las críticas que en la filosofía actual, ha generado el resto de su análisis metafísico especialmente lo relativo a su noción de la verdad sintética a priori. Esa caída de credibilidad le ha dado argumentos a los positivistas lógicos para renovar una inflada versión de la idea de Hume de que los juicios son analíticos (tienen que ver con relación de ideas) o sintéticos a posteriori (se relacionan con materias de hecho), adicionalmente este razonamiento los lleva a expandir lo analítico, desde que los empiristas clásicos se ocuparon de mostrar que las matemáticas como “sintéticas a posteriori” simplemente no funcionaban.

En razón de lo anteriormente señalado la falta de credibilidad filosófica de la noción kantiana de “razones prácticas puras”, tal como lo expuso al comienzo de su *Metafísica de las costumbres* dio pie a los positivistas lógicos a volver a Hume (de forma a veces exagerada) para señalar que los juicios éticos no eran declaraciones (statements) de hecho sino más bien expresiones de sentimientos o de imperativos ocultos. De lo anterior, tal como lo señalaba Carnap, se deriva el poco o ningún fundamento científico que puedan tener.

Al no ser científicos podemos ser más cautelosos con respecto a los efectos de las causas que siempre podemos observar, al menos desde el punto de vista mecánico. Ello en nada obscurece un ámbito de actuación frente al mundo en el cual el análisis de los hechos a través de los sentidos y de la razón se combinan para darnos el único resultado posible desde la perspectiva del actuar humano. En todo caso la manipulación de los hechos, con vista a un resultado deseado, no cambia en lo más mínimo la falsedad de lo que se pretende lograr. Seguimos frente a un tema de verdad que es tan exigida para la ciencia como para la moral y el Derecho. En el fondo de todo pareciera que si la verdad no hace

sentido para las ciencias tampoco lo hace para otros tipos de actividad humana independientemente de la consideración que le demos o que le queramos dar.

Lo que no podemos dejar pasar por alto es que la razón se acomoda a los fines y a los bienes estableciendo “razones básicas para la acción”.

Aristóteles demostró el valor del razonamiento práctico y Santo Tomás lo puntualizó de forma extraordinaria. Kosgaard escribió: “que realmente hay un solo principio de la razón práctica. El principio de que nosotros debemos escoger nuestras máximas como derecho universal”.

Podemos pedirle a Kant que nos aproxime al Derecho. Su vía puede ser a veces reductiva. En todo caso hay afirmaciones como el libre arbitrio de cada uno compatible con la libertad y el libre arbitrio de los demás que lo lleva a afirmar que “el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad”.

El tema de la libertad es de una esencialidad básica para el Derecho. Si bien es capaz de limitarla para obtener la mayor felicidad posible de los ciudadanos es también capaz de garantizarla por la misma razón. Su consideración por parte del jurista debe ser objeto de una revisión permanente frente a uno de los valores fundamentales de la persona humana. Los grados que tenemos de ella solo son percibibles cuando, como en el caso venezolano, empezamos a perderla. De cualquier forma el considerarla jurídicamente puede evocar al gran maestro de Königsberg.

Desde otra perspectiva siempre nos ha llamado la atención la diferenciación que la filosofía siguiendo análisis como los de Quine ha hecho entre la necesidad “de dicto” y la necesidad “de re”. La primera se soporta sobre las palabras que escogemos y la segunda sobre la naturaleza de las cosas. Con alguna frecuencia la lógica modal señala que lo que es necesario no cambia de mundo a mundo. Lo anterior puede crearnos algún grado de desilusión al pensar que no va a cambiar, por ejemplo, lo que tenemos en Venezuela que no vale la pena enumerar. El tema aquí se refiere al tópico de la necesidad natural que al relacionarlo con causa siguiendo la tradición aristotélica nos lleva, al menos, a tener una explicación(s) válida. El gran problema en el manejo de la sociedad

es que pareciera desbordar a lo natural y lo imposible se vuelve necesario (al menos para quien decide que sea así).

En un reciente estudio nuestro sobre la “Intención” tratamos de usar la teoría de Anscombe para introducir uno de los grandes temas del Derecho como es la intención. Entendiendo que en el caso de Anscombe el alcance no coincide con el de “intencionalidad” de Brentano y Husserl. Lo cierto del tema es que muchos filósofos de hoy prefieren hablar de mente, estados mentales, consciencia y el ser en lugar de alma. Pero lo que no podemos dejar de lado en el Derecho igual que en la filosofía de la mente es que tenemos mentes. Es decir pensamos, razonamos y tenemos deseos. El gran riesgo para el jurista es ignorar la complejidad de la mente humana y reducir todo a resultados difíciles de relacionar con el actuar humano. Al tratar de entablar un diálogo con el alma para hablar en términos de lo que nos acostumbramos surge la pregunta con respecto a su relación con el cuerpo, más cuando muchos científicos pretenden convertirla en una parte de él. Lo otro se refiere a nuestra capacidad estrictamente humana de conocernos a nosotros mismos. No podemos quedarnos tranquilos cuando desarrollamos en nuestras vidas los aspectos más resaltantes de una naturaleza con alma para resignarnos a pensar que todo desaparece con el cuerpo. Aristóteles se refería a un principio vital que es poseído por todo ser vivo.

Posiblemente en el Derecho volvamos a retomar la fenomenología –al mejor estilo de Adolf Reinach– para volver sobre las irreductibles cualidades de los estados mentales. Los anteriores planteamientos a pesar de las divergencias filosóficas podrían con Scruton entenderse o bien como el punto de vista de la primera persona; o algo que ayuda a entender y explicar la conducta o más bien algo relacionado con la intencionalidad. Sobre este aspecto señalábamos en *Los llamados actos intencionales en la consideración del filósofo de hoy* que Searle se refería a la intencionalidad como “una característica de los estados mentales por la cual ellos son dirigidos a o acerca de los objetos y estados de cosas diferentes a ellos”.

Sobre el tema de la intencionalidad mucho tenemos que explorar los juristas especialmente el asunto relativo a si los estados mentales fueran físicos. En tal sentido filósofos como Dennett han trabajado el

tema relativo a “sistemas intencionales” lo cual nos permite considerar de forma precisa como una máquina (computadora) puede mostrar intencionalidad. No es accidental que hace ya treinta años en libros como *An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning* de Anne Von der Lieth Gardner, publicado en 1987 por MIT Press, se citara a Searle en Derecho contractual para explicar “estados intencionales expresos”. Pero lo que no podemos subestimar en esta materia es que la discusión con respecto al problema alma (mente)-cuerpo no se produciría en los términos en que se manifiesta si no fuera por nuestra propia conciencia. Nagel hablaba que las teorías científicas pretenden no solo descubrir al mundo físico sino todo lo contenido en él incluyendo animales y personas. Pero lo que no se describe es un hecho fundamental que yo solo puedo descubrir y no es otra cosa que lo que se me revela de mí mismo (alegrías, penas, etc.) que solo puede ser percibido por mi habilidad de situarme en el mundo como yo mismo. Pero el Derecho debe vivir al igual que la metafísica con dos grandes acertijos humanos: auto conciencia y libertad. Si no reconociéramos en el Derecho la posibilidad de ser libres lo único que podríamos hacer es recurrir a medir el poco espacio que nos dejan las leyes causales inmutables para hacernos responsables en función de ello. Algunos filósofos señalan que las leyes fundamentales del universo no nos permiten deducir el futuro del pasado. Otros señalan ratificando lo anterior que la libertad solo requiere que la conducta del hombre sea impredecible. Lo anterior sin tener en la mira la relación de Dios con el hombre en el entendido de que puede conocer un futuro que no está sujeto a cambio. Al menos por nosotros. A veces la fórmula de Hobbes era más sencilla ya que suponía que la libertad implicaba elección (*choice*). Para G.E. Moore la libertad era la *ratio essendi* del Derecho moral (la causa de la existencia del mismo podríamos decir) y el Derecho moral era la *ratio cognoscendi* de la libertad (razón por la cual conocemos algo).

En todo caso Moore utiliza lo descrito para atribuir a Kant una relación libertad-derecho-moral que muestra, al menos para los adversarios de Kant, que o no existe la libertad o no existe el Derecho moral. No me atrevo a pensar que no existan los dos. Si lo que acabo de mencionar, solo a título conceptual para mostrar los desafueros a los que podemos llegar, pudiera suceder nos encontraríamos con la difícil situación de

que es posible –en algunas circunstancias– que sea mejor actuar de acuerdo con la libertad que con la moral. En ese juego la dicha y la infelicidad pudieran estar una frente a otra. Tal como decía Platón “En el umbral de Zeus están colocados dos toneles, llenos el uno de suertes dichosas, y de aciagos el otro, y que aquel a quien Zeus da una mezcla de los dos, “le va unas veces mal, y otras bien”.

En realidad el Derecho moral nos obliga en conciencia –aunque los filósofos morales actuales pretendan devaluarlo– pero la libertad nos permite actuar de acuerdo a esa conciencia o no. Lo nefasto de nuestros análisis es que pretendemos juzgar a la libertad solo frente a las cosas negativas de la vida ignorando todo lo afortunado de las decisiones libres que tomamos todos los días. En el fondo la búsqueda del bien es un motor gigantesco –aunque a veces no lo vemos– de nuestra forma de actuar acorde con el Derecho moral (lo reconozcamos o no).

A veces, no sin algún dolor, la filosofía nos ha enseñado como decía Max Weber (interpretado por Wilhelm Dilthey) que el entendimiento intencional se vincula directamente con el mundo tal como lo percibimos, su objetivo no es explicar las cosas, sino sentirnos como en casa con ellas. Entiendo que a veces es casi imposible sentirnos “como en casa” con lo que vivimos (nuestro país es muestra de ello) pero tal situación no nos puede inducir a renunciar a las explicaciones (al menos para no olvidarnos de nuestra racionalidad natural). De alguna manera podemos señalar lo que algunos dicen en el sentido de expresar que la filosofía es el “último intento de salvar las apariencias”. No puede haber para el Derecho duda con respecto a la voluntad humana. Para filósofos modernos –siguiendo a Kant y Schopenhauer– la voluntad es el proceso consciente de toma de decisiones basado en el razonamiento y la argumentación. Para Nietzsche la voluntad de poder no era la voluntad de tener poder sino la voluntad de voluntad. Es decir la voluntad que quiere por ella misma y no limitada por conflictos internos, culpas y conflictos no resueltos sino actuar sin ningún (gran estilo) tipo de limitación.

Antony Kenny piensa que en la filosofía clásica no existía el concepto de voluntad. En tal sentido en la filosofía aristotélica no había una expresión como la que utilizamos hoy de “voluntad libre”. En los tiempos modernos –dice Kenny– los filósofos piensan normalmente que la voluntad es un fenómeno de la conciencia introspectiva. Actos de

la voluntad, o voliciones, son eventos mentales que preceden y causan ciertas acciones humanas; su presencia y su ausencia hace la diferencia entre las acciones voluntarias y las involuntarias. La libertad de la voluntad debe ser localizada en la indeterminación de estas voluntades introspectivas. Otros filósofos simplemente nos dicen que la voluntad es siempre libre de querer o no querer un objeto cualquiera.

Lo cierto es que la voluntad –tan olvidada por las determinaciones científicas– ha adquirido un cierto interés en la filosofía reciente.

Para Brian O’Shaughnessy la voluntad es una clase de fuerza no racional, espíritu en movimiento, que es otra cosa que un mero deseo y otra razón práctica pero que se manifiesta en fenómenos tales como el “esfuerzo de voluntad”, la misma se desarrolla (trying and succeeding) en momentos de primordial importancia. La libertad requiere dos cosas: voluntad de actuar y el poder de actuar o no. No tenemos que andar muy lejos para saber que una acción puede ser voluntaria pero no libre.

La libertad es lo opuesto a la necesidad pero la voluntariedad es compatible con la necesidad. Aunque la voluntariedad no es condición suficiente para la libertad es un prerequisite esencial.

Para Locke la voluntad es un poder, no un agente, y la libertad pertenece solo a los agentes. Para el mismo filósofo la voluntad es un acto de la mente llamado a dirigir o restringir una acción. Pero el tema de la libertad de la voluntad sigue ocupando el interés de los filósofos de la mente.

Harry G. Frankfurt en un conocido estudio publicado en *The Journal of Philosophy* en enero de 1971 señalaba:

Una persona que es libre de hacer lo que quiere hacer puede no estar en posición de tener la voluntad que él quiere para hacerlo. Supongamos, sin embargo, que él disfruta tanto de libertad de acción y libertad de voluntad. Entonces él no es solo libre de hacer lo que él quiere hacer, él es también libre de querer lo que él quiere. Me parece que él tiene, en ese caso, toda la libertad que es posible de desear o concebir. Hay otras cosas buenas en la vida y él puede no poseer algunas de ellas. Pero no hay nada en su camino de libertad que le falte.

Probablemente el tema de discusión de los contractualistas siga girando alrededor de la voluntad real o interna del sujeto (*Willenstheori*) y la voluntad relevante jurídicamente en cuanto comunicada o declarada (*Erklärungstheorie*). En materia penal el análisis podrá seguir siendo el relativo “al carácter voluntario de la conducta” y a los temas relativos a la falta de voluntad. En todo caso para el Derecho la filosofía del espíritu aborda elementos nuevos que podrían modificar nuestras consideraciones sobre el tema. Una de ellas es la de la “voluntad libre”.

En otro orden de ideas Roger Scruton refiriéndose a la teoría del lenguaje de Frege que posiciona de nuevo cuestiones centrales para la filosofía, ya que desarrolla correcciones sistemáticas entre lenguaje y verdad, señala:

La unidad del significado es la oración que expresa un pensamiento completo; la oración tiene un verdadero valor y la verdad es el valor preferido de cada oración que tenga sentido; y el pensamiento que se expresa por una oración está dado por sus condiciones de verdad es decir aquellas que determinan cuando es verdadero”.

Lo anterior ocupa un valor significativo para el Derecho. El tema es esencial en autores como J.L. Austin (*How to do things with words*) y Searle con su teoría de los actos del lenguaje que tiene antecedentes en la obra del gran filósofo alemán Adolf Reinach (*Los fundamentos a priori del Derecho civil*). Reinach en la obra ya mencionada señala:

De la esfera infinita de posibles vivencias destacamos una especie determinada: las vivencias que no solo pertenecen al yo, sino en las que el yo se muestra activo. Dirigir la atención a un objeto, tomar una resolución. Tales vivencias no solo están en contraste con los casos en los que algo, por ejemplo un ruido o un dolor se nos impone, sino también con aquellos en los que no se puede hablar de una real posibilidad del yo, como cuando, por ejemplo, estamos alegres o tristes, nos entusiasmos o indignamos por algo, o cuando tenemos o llevamos en nosotros un deseo o un propósito...

Más adelante señala:

La necesidad de manifestación propia de los actos sociales no podría ser realizada entre los hombres si los actos no aparecieran de

algún modo. Como toda otra vivencia ajena, también los actos sociales solo pueden captarse mediante algo físico...

La afirmación de Reinach relativa a “leyes esenciales a priori” marca toda una nueva línea de análisis en la filosofía del Derecho con respecto a la relación de dichas leyes con el Derecho positivo. El tema no parece tan sencillo como para subsumirlo en el Derecho natural como pudiera pretenderse sino que marca una determinación particular de lo social previo a cualquier regulación positiva. Lo anterior (en opinión de Reinach) no obliga a subordinar lo positivo a lo a priori pero deja algunas dudas sobre la eficacia social del mismo. Marianne Constable en una obra relativamente reciente (2014) titulada: *Our Word is Our Bond* señala “que para muchos es evidente que el Derecho es una cuestión del lenguaje que no puede ser capturado por reglas”. Sobre los actos del lenguaje señala “que hay que entender la relevancia de los *Speech Acts* para el Derecho y la manera en que lo que legalmente se dice es igual a otras cosas que se dicen”.

Para la misma autora el análisis de los actos del lenguaje ofrece una alternativa para entender el Derecho ya sea desde el punto de vista doctrinal o proposicional o bien fundamentalmente como una materia de impacto empírico o de presión social. En todo caso la autora *in commento* –de forma conservadora como Reinach– se adelanta en dar su punto de vista sobre el Derecho positivo:

El Derecho positivo no siempre ha sido el exclusivo o al menos el sistema predominante de Derecho considerado por los estudiosos de la filosofía legal y los de la sociología legal: señalando esto no es que queramos recurrir a un retorno del Derecho natural que afirma que Dios, la moralidad o la razón son la fuente de Derecho y que representa la alternativa tradicional al positivismo legal en la filosofía del Derecho.

No sin razón Mariano Crespo en su estudio preliminar de la obra de Reinach ya comentado señala: “...tanto la teoría del Derecho a priori como el iusnaturalismo comparten la defensa de la existencia de determinados elementos pre-positivos a priori, independientemente del acto del legislador”.

Probablemente lo anterior lleve a un análisis más exhaustivo de las relaciones existentes sin pensar que la eliminación del Derecho natural es una exigencia de los tiempos modernos (actuales) ignorando los aspectos más profundos del ser humano. Siempre podemos, como acertadamente señala Searle, maravillarnos frente a la existencia de la “conciencia” en un mundo compuesto enteramente de partículas físicas. O frente a la notable capacidad de la mente de dirigirse a los objetos y a los estados de cosas en el mundo de forma separada de ella misma. O la habilidad de la mente, actuando en cooperación, de crear una realidad social objetiva. Pero probablemente una de las cosas más fascinantes es ver cómo a través de una cavidad abierta en la parte inferior de nuestro rostro somos capaces de emitir “ruidos” hacia afuera. En la mayoría de los casos esos ruidos son causados por el paso del aire a través de las cuerdas vocales en la laringe. Pero eso que pudiera parecer un fenómeno fisiológico trivial tiene enormes consecuencias. Esa ráfaga acústica que va hacia afuera de la boca puede ser una declaración, una pregunta, una explicación, una orden, una exhortación, una promesa, etc. Desde el punto de vista jurídico pudiera ser una forma de comunicar a los demás como debemos regir la vida social.

Yuval Noah Harari en *Sapiens A brief History of Humankind* (2015) señala:

¿Cuál es el secreto del éxito de los sapiens? ¿Cómo se las arreglaron para establecerse tan rápidamente en hábitats tan distantes y ecológicamente diferentes? ¿Cómo pusieron a otras especies humanas en el olvido? ¿Por qué especies tan fuertes, inteligentes y que probaron frialdad frente a las adversidades como los neardentales no fueron capaces de soportar el embate de los sapiens? El debate continúa desarrollándose. Pero la respuesta más probable es la misma cosa que hace al debate posible: Los Homo Sapiens conquistaron al mundo, sobre todo, por su lenguaje único”.

Más adelante en su controversial obra señala Harari:

Mismo desde la revolución cognoscitiva los sapiens han vivido una realidad dual. De un lado, la realidad objetiva de los ríos, árboles, leones; y de otro lado, la realidad imaginaria de los dioses, naciones

y corporaciones. En la medida que el tiempo transcurre, la realidad imaginaria se transforma en más poderosa, así hoy en día la sobrevivencia de ríos, árboles y leones depende de la gracia de entidades imaginarias como los Estados Unidos y Google.

No es casual que Marianne Constable en el libro que ya hemos mencionado de ella señale que el objetivo es:

...mejorar la manera en que nosotros pensamos y hablamos acerca del Derecho y la justicia y además, en nombre del Derecho y la justicia mejorar la apreciación a través de la cual nos aproximamos al lenguaje y al hábito.

En una oportunidad Raz señalaba “que la tarea más importante de la teoría legal es adelantar nuestro entendimiento de la sociedad ayudándonos a entender cómo las personas se entienden ellas mismas”. Es evidente que cualquier esfuerzo de la filosofía en tal sentido se traduce en un apoyo más a lo que no siempre es tan evidente como quisiéramos. En todo caso al Derecho puede aplicarse –como actividad social– lo que la filósofa francesa Sandra Laugier señala sobre los actos del lenguaje: “...si la teoría de los actos del lenguaje ha nutrido la reflexión social, su descubrimiento principal es también que eso que nosotros decimos no adquiere sentido sino en un contexto social real”. Para el Derecho la presencia de lo moral se ha vuelto indispensable a la hora de darle sentido a su justificación. En nuestra obra *Fundamentación moral del Derecho* (2014) comentábamos citando la obra de Sylvie Delacroix:

Para Delacroix las exigencias morales y de la prudencia están presentes en cualquier análisis que hagamos a la hora de crear obligaciones jurídicas. Si no le queremos quitar al Derecho su fuerza normativa debemos discutir los problemas de legitimidad como una excelente oportunidad para revisar las expectativas morales y sociales sobre las cuales se condiciona y define la dimensión normativa del Derecho. No solo es una cuestión doctrinaria como la que aportaron Hart y Dworkin acerca de la moralidad. Es un tema inquietantemente práctico que toca a una sociedad cuando no está conforme con la manera en que se crea y se aplica el Derecho. La moral implícita en el Derecho no es la de un grupo, es objetiva y

en función de ello debe tomar en cuenta a todos los actores sociales para producir decisiones buenas y justas.

Bernard Williams en *Ethics and the Limits of Philosophy* señala:

La vida moderna es tan predominantemente reflexiva, y un alto grado de auto-conciencia es fundamentalmente requerido, que esas cualidades no pueden ser las que principalmente distinguen a la filosofía de otras actividades como el Derecho por ejemplo, el cual es cada vez más consciente del mismo como creación social... La filosofía en el mundo moderno no puede exigir que se le haga ningún reconocimiento especial por su capacidad de reflexión, pero sí puede hacer un uso especial de ella.

En ese uso especial del que habla Williams se plantea lo moral. No sin dejar de reconocer como hace Scruton que el tema con frecuencia ha sido mal entendido.

Pero a qué se refiere la moralidad. ¿Es un tema de juicio al cual le podríamos aplicar palabras de naturaleza evaluativa? O siguiendo a Kant ¿debería ser un asunto relativo a la acción y a la razón práctica? Siguiendo a Hume y a algunos representantes de la ilustración escocesa pudiéramos hablar de emociones, motivos e incluso de simpatía (empatía). Pero también pudiéramos recurrir a Aristóteles para definir nuestro asunto alrededor del carácter y de la educación. Tenemos probablemente soluciones para todos los gustos lo cual no quiere decir, necesariamente que sean las correctas. Por ejemplo Scruton criticando a los seguidores de G.E. Moore (autor de *Principia Etica*) en el círculo de Bloomsbury indicaba que los miembros de dicho círculo intelectual coincidían con las ideas morales de Moore no porque cambiara sus mentes sino más bien porque el libro coincidía con sus predilecciones.

Imaginemos el mundo de hoy donde no hay necesidad –al menos para la mayoría de la gente– de leer un libro. Basta con ver el chat (cibercharla) varias veces al día. Pero frecuentemente en los temas morales actuamos como el caso del paciente frente a su médico citado en la *Ética* a Nicómaco de Aristóteles: “Escucha atentamente a sus médicos pero no hace ninguna de las cosas que le mandaron a hacer”. No podemos aquí analizar con el detalle requerido lo que la filosofía nos aporta

con respecto a la lógica de discurso moral (falacia naturalística; emotivismo, prescripcionismo, realismo moral, etc.).

En todo caso este tema, por lo que señala Scruton, los filósofos han hecho una asociación rápida de la llamada ley de Hume con la falacia naturalística que supone ontológicamente dividir hecho (*fact*) de valor (*value*). Algunos sociólogos como Weber hacen esa distinción argumentando que la sociología debe lidiar solo con hechos y estar libre de analizar los valores. En tal sentido la ciencia (como el Derecho) debe ser analista de hechos y no de valores (estos son subjetivos y determinados por las preferencias de la gente). Para muchos filósofos el discurso moral es esencialmente evaluativo; la palabra “bueno” como señalaba Moore se refiere a una propiedad “no natural” o más bien no se refiere a ninguna propiedad. Este apasionante tema, clave para el Derecho, ha sido revisado por nosotros tomando en cuenta las ideas de Hilary Putnam en: *Integración y orientación en la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart: relación del filósofo y el jurista con el mundo de hoy* (2015). Opinión contraria a lo anteriormente señalado con respecto a la división *fact-value* la encontramos en Richard M. Hare. En sus obras *The Language of Morals* (1952) y *Freedom and Reason* (1963) citadas por Scruton y Anthony Kenny: (conectando su teoría con la de Austin de los *Speech acts* y la teoría de la “razón práctica”) se señala:

Los juicios morales no pueden ser vistos como subjetivos solo porque ellos incluyen un compromiso. Todo lo contrario, los compromisos morales son de naturaleza racional. Ellos imponen al sujeto una obligación de mirar más allá de su inmediata decisión hacia los principios de los cuales ella se deriva.

Pero tal como señala Aristóteles en su *Ética* a la cual hemos hecho referencia “bueno” no nos hace sentido como un adjetivo aislado. Siempre debemos preguntarnos (yo diría incluso en el Derecho) ¿bueno como qué? y ¿bueno para qué? Cuando lo “bueno” se aleja del Derecho la posibilidad de reducirlo a cualquier interés se nos impone como mal inevitable. La decisión en función comparativa y justificativa nos garantiza que las determinaciones jurídicas, al menos, van a contar con algo que todos podamos entender. No sucede eso con la mayoría de las

que se están tomando hoy en día en nuestro país las cuales solo pretenden la preservación de lo existente independientemente de los méritos de ello. En todo caso como ha resaltado Bernard Williams –criticando al individualismo indirecto– la diferenciación entre teoría y práctica no puede hacerse en términos psicológicos en vez de sociales. Los sujetos de esta crítica opinan en términos de teorizar y en términos de práctica como si se tratara de cosas diferentes. La práctica (el conocimiento práctico) nos enseña a aplicar los principios de la forma adecuada. Es como pretender ubicarnos con una brújula sin conocer como funciona y no habiéndola utilizado nunca. Es parte de la tragedia que vivimos cuando ponemos de lado la moral porque no la conocemos y porque no sabemos cómo y a qué se aplica. Al final nos creemos con derecho a negar su espíritu objetivo porque pensamos que nuestra sola experiencia basta para determinar nuestros actos. El mundo de hoy que oportunistamente recurre a Nietzsche y Marx para justificar en un caso las debilidades de la tradición cristiana con respecto a los esclavos naturales y en el otro como una forma de los poderosos de oprimir a los débiles no muestra sino con dos contenidos distintos una forma de desacreditar lo que ve, pretende que neguemos sin dar ninguna prueba racional de ello. Tal como dice Scruton:

Probablemente lo mejor que uno puede decir es que no podemos creer que la moralidad ha sido minada hasta que tengamos una prueba frente a nuestros ojos. El mero hecho de que alguien ha pensado en una vía para explicar la moralidad sin referencia a su verdad no licencia nuestra prescindencia de la misma.

Al final el Derecho no recurre a la moralidad social –independientemente de su origen– solo para justificarse sino más bien para encontrar una parte de él que solo la moralidad nos permite entender. Así se descubrió en la historia humana la cual el mundo presente ha desconocido. Por tal razón Alasdair Macintyre en *After Virtue* señala:

Government and law are, or ought to be, neutral between rival conceptions of the good life for man, and hence, although it is on the liberal view the task of government to promote law abidingness, it is on the liberal view no part of the legitimate function of government to inculcate any one moral outlook.

By contrast, on the particular ancient and medieval view which I have sketched political community not only require the exercise of the virtues for its own sustentance, but it is one of the tasks of parental authority to make children grow up so as to be virtuous adults.

No sabemos si la época de la virtud –lamentablemente– se fue para no volver pero la misma como imperativo ético-moral se impone en todos los niveles a través de los cuales pensamos hacer más humana la vida en sociedad y el Derecho no se escapa a ello.

De alguna manera pensaba hace unos días que pudiéramos utilizar el título de la obra de Max Scheler: *La esencia de la filosofía y la conducción moral del conocer filosófico* para aplicarlo al Derecho. El conocer jurídico se relaciona con la moral ya sea para reconocer o negar su relación con ella. Siempre me ha llamado a reflexión una cita de Strindberg que Gustav Radbruch hace en el capítulo quinto de su *Filosofía del Derecho* relativo a Derecho y moral:

Por lo demás se ha querido siempre mantener vacilantes a las leyes morales en el mayor grado posible. ¿Por qué no se escriben y graban tan fijamente como la ley divina y la civil? Quizá porque una ley moral honradamente escrita debería absorber también los derechos de los hombres.

Aunque el positivismo ha insistido que es moralmente y prácticamente importante que el Derecho se identifique con leyes sin relación con la moral o con deliberaciones que no sean jurídicas en los últimos tiempos el positivismo contemporáneo ha tendido a negar la llamada tesis de la separación entre el Derecho y la moral. Ha tenido que reconocer las complejas relaciones e interacciones que existen entre el Derecho, la política y otros factores sociales (entre los cuales está la moral). Una gran parte del Derecho actual es controversial (open-ended), es decir íntimamente conectado y animado con factores de moralidad, corrección y otros valores no legales. No se trata aquí de analizar la “inner morality of law” de Fuller tan ampliamente discutida con Hart sino reconocer lo poco probable de la separación entre el Derecho y la moral. Al final el argumento de Hart relativo a “el contenido mínimo del Derecho natural” no logra (con el argumento de la supervivencia como

objetivo) dar razones para la total separación entre Derecho y moral. Ello a pesar de insistir en el contenido específico de cada uno (lo cual pudiera admitirse al menos condicionalmente). La evolución posterior de sus discusiones con Dworkin parecen ratificar la duda precedente.

No obstante, volviendo al tema estrictamente filosófico autores como Kenny han resaltado dos aspectos centrales en la filosofía de finales del siglo pasado y comienzos de este. La primera se refiere a que los filósofos han ido abandonando su atención a temas fundamentales como el de la naturaleza del lenguaje moral, o las relaciones entre los principios o temas de carácter, suerte y virtud para centrarse en problemas morales concretos como: la mentira; la corrupción; el aborto; la eutanasia; la ética en la medicina y en los negocios, etc. Esta última tendencia apoyada por filósofos como Foot y Williams ha sido acogida en distintos cursos universitarios.

El segundo aspecto se refiere a la recepción en la filosofía norteamericana de la tesis de Rawls relativa a la “justicia” como lo “imparcial” (fairness). Dicha teoría que introdujo una nueva versión de la teoría del contrato social dentro de la ética tuvo más repercusiones en los temas relativos a las instituciones políticas que los referentes a la moral individual. En todo caso volviendo al Derecho, los juristas debemos mantener –en cuanto a las formas– un delicado equilibrio entre lo técnicamente correcto y lo suficientemente claro en el entendido de que las leyes van dirigidas a la sociedad como un todo. Desde el punto de vista moral sería conveniente tener presente, además del bien común de la sociedad los aspectos que son fundamentales de la teoría ética y que han sido olvidados por algunos filósofos de hoy para centrarse en lo particular. Desde este punto de vista el jurista no tiene ninguna excusa –por la propia esencia de su disciplina– a olvidar los grandes temas de la moral lo cual va a contribuir a asumir con mayor profundidad los casos particulares. Algunas de las discusiones anteriores que hemos tenido derivada de la condición de juristas nos obligan a dirigirnos a la filosofía para preguntarnos lo que somos antes de todo en el supuesto de que partimos de una naturaleza humana a la cual vamos añadiendo “cosas” a lo largo de la vida. Como pudiera ser difícil definir lo que es “ser humano” debemos seguir a algunos filósofos y tratar de encontrar un concepto crítico que nos defina como tales (incluso a los juristas). En

tal sentido hablamos de la racionalidad como la característica esencial que sirve para distinguirnos. Pero si algo tenemos claro, en este mar de confusiones que es la vida, es que la tenemos. Por lo menos en el momento en que escribo esto. Leibniz argumentaba que cada monada (cada substancia básica) poseía una “vis viva” o fuerza vital; ella explica no solo sus estados sino también el orden de su generación. La filosofía actual se sigue preguntando con Michael Thompson (*Life and Action*, 2008) si “Can Life be Given a Real Definition”). En la obra ya mencionada, a la cual hicimos referencia en nuestro trabajo acerca de los “Actos intencionales”, Thompson señala: “La noción abstracta de “existencia”, en el sentido de actualidad (Wirklichkeit) evidentemente tiene la misma relación que tiene la de “vida”: ser, para una cosa viviente, es vivir” (la expresión anterior es tomada por Thompson de *De Anima* de Aristóteles).

Como señala Scruton el concepto de vida ha sido tomado por los filósofos en su búsqueda de lo que es “verdaderamente individual”. Ya entrando en lo substancialmente individual debemos señalar dos características: unidad e identidad. En tal sentido señala el autor que comentamos: “There is an organization with makes it non arbitrary that this part and that part belong to one thing; and also non arbitrary that this thing at one time is the same as that thing at another”. Locke propuso un criterio de identidad que ha sido adscrito como la continuidad de la conciencia. Hasta tanto mi memoria me vincula con el pasado y mis deseos e intenciones me proyectan hacia el futuro yo sigo siendo la misma persona a lo largo del tiempo.

Somos seres vivientes y nuestra identidad es fijada por nuestra vida. Ella constituye un solo camino donde recordamos lo recorrido y pensamos lo que vamos a recorrer. En todo ese recorrer siempre está presente el final. Pongámosle el nombre que queramos todo lo que vive también muere al menos en el reino en el cual se unen lo material con lo espiritual. Robert Nozick en sus *Meditaciones sobre la vida* señalaba:

No me agrada pensar que ya he recorrido la mitad del camino del importante cometido que me he propuesto. Hay un margen para decidir qué es esto, sin embargo, así que ajusto los límites para crear nuevos puntos medios.

Aun no estoy en la mitad del camino de la vida: eso me servía hasta los cuarenta años; llegué hasta los cuarenta y cinco con la mitad de la vida laboral después de la universidad; la mitad después de la universidad hasta el final me dejó en mi posición actual. Ahora necesito encontrar otro punto medio a poca distancia, y espero continuar haciendo estos ajustes al menos hasta la vejez, que por un tiempo también habré recorrido solo a medias. Así podré pensar que hay tantas cosas adelante como, otras cosas igualmente buenas. Lo raro es que esta triquiñuela de desplazar los límites para crear un nuevo punto medio y otra mitad da resultado aún mientras me arranca una sonrisa irónica”.

Kempis en su *Imitación de Cristo* decía que “los días de este mundo son pocos y malos”. Es más fácil estar de acuerdo con lo primero. Lo segundo implica que los que vienen van a ser mejores que los que tenemos. En todo caso es lo que tenemos y debemos vivirlo como eso.

En nuestro trabajo sobre *Integración y orientación...* ya mencionado nos referimos a una obra póstuma de Ronald Dworkin titulada *Religion without God* Dworkin allí menciona: “Nosotros enfrentamos la muerte creyendo que hemos hecho algo bueno en respuesta a los grandes retos que los mortales tenemos frente a nosotros”. Ángel Cristóbal Montes nuestro siempre recordado profesor en el *Enigma humano* (2013) señala: “las ansias de eternidad e infinitud que experimentamos los humanos no ayudan a resolver nuestro enigma, sino que forman parte y aun refuerzan el mismo”.

El hombre del Derecho vive todos los días frente a su opción como ser humano y frente a su compromiso por asegurar la mejor forma de vida para los demás. En este segundo aspecto no puede dejar de horrorizarnos, en el sentido más estricto de la palabra, una sociedad en la que la muerte se ha constituido como un elemento frecuente en la manera de vivir de dicha sociedad. Es un reto que no solamente el Derecho puede resolver pero si dar pautas que aseguren una mayor convivencia social en la cual la opuesta por la vida marque una diferenciación importante frente a lo que hemos tenido en las últimas dos décadas.

Como decía Ortega y Gasset el hombre debe hacer su propia existencia en cada momento particular. No puede ser extraño al jurista recurrir a la filosofía para buscar las raíces más profundas del conocimiento.

No pareciera que hoy en día –al menos en nuestro país– el conocer las leyes ayudara mucho. A fin de cuentas el conocimiento del jurista no puede limitarse a la ley positiva la cual con el desarrollo (que algún día llegará aquí) de la inteligencia artificial cambiará necesariamente la manera de asumir ese conocimiento. La mezcla requerida no es sencilla: doctrina, ley positiva, jurisprudencia, costumbres, valores, Derecho internacional, etc. La fórmula pudiera reducirse preguntando qué piensan los jueces (especialmente los de la Sala Constitucional) o algunos poderes como por ejemplo la Asamblea Constituyente venezolana de 2017. Lo anterior no nos exime de interrogarnos acerca del conocimiento y de cómo lo valoramos. Para Platón el conocimiento era una creencia verdadera. ¿Podríamos preguntarnos si una creencia verdadera obedece a hechos impuestos por un grupo con finalidades derivadas de esa creencia impuesta? Creo que hemos perdido, como señalaba el mismo Platón, la posibilidad de diferenciar la opinión del conocimiento. En los últimos años la teoría del conocimiento se ha ido moviendo de un énfasis en la experiencia a un particular interés por los elementos prácticos y afectivos. Mucho de lo anterior bajo la influencia de Husserl y Wittgenstein. Pero probablemente uno de los grandes temas que tenemos en la vida es conocer a los otros hombres. Wittgenstein en sus *Investigaciones filosóficas* se hacía la pregunta ¿puede aprenderse el conocer a los hombres? Sí; algunos pueden aprenderlo. Pero no tomando lecciones sino a través de la experiencia. ¿Puede ser otro nuestro gran maestro en esto? Sin duda. De vez en cuando nos hace la advertencia correcta. Así con aquí “aprender” y enseñar. Lo que se aprende no es una técnica; se aprende a hacer juicios correctos. “También hay reglas, pero no constituyen un sistema, y solo el experto puede aplicarlas correctamente. A diferencia de las reglas de cálculo”.

No podemos olvidar la famosa película de 1973 “The Paper Chase” basada en la novela de John Jay Osborn Jr. En la cual se narra la historia de un alumno de Derecho de Harvard James T. Hart y sus compañeros. En dicha obra el profesor Kingsfield de contratos señalaba: “Enséñense ustedes mismos el Derecho. Yo voy a entrenar sus mentes. Ustedes vienen aquí con una cabeza llena de arena, si logran sobrevivir, ustedes dejarán la universidad pensando como abogados”.

Al final del proceso esperamos que el jurista a lo largo de toda la cadena en la cual le toque actuar tome las mejores decisiones. Actuar de esta forma no es exclusivo del Derecho ya que en la sociedad existen otras instituciones que deben actuar –al menos intentarlo– de la misma manera. Probablemente la diferencia entre el Derecho y otras instituciones sea de grado. Lo es porque el Derecho o quien lo crea, interpreta y aplica debe considerar que entre una decisión que aparezca como la mejor probablemente debe inclinarse por otra que no sea de igual grado de perfección pero que se acople mejor con los valores de una sociedad. Al final el tema valorativo va a estar siempre tocándonos la puerta, si la abrimos o la cerramos, es una reflexión permanente que el jurista debe hacerse. Muchas veces comprometiendo su integridad y hasta su vida en eso.

Quisiera dedicar algunas breves reflexiones a lo imaginario. ¿Es posible pensar jurídicamente acerca de lo que nos parece no real (imaginario)? En los últimos tiempos los juristas se acercan a la literatura (que no siempre es irreal) para tratar de extraer enseñanzas útiles para entender lo jurídico. De hecho, en el tema que nos ocupa, Lévi Strauss se preocupó de entender la diferencia entre lo imaginario y lo simbólico todo ello en orden a poder explicar la importancia de lo simbólico en las relaciones sociales. Yuval Noah Harari del cual hemos hablado afirma que los mitos sostienen imperios y entre sus ejemplos menciona uno especialmente conocido por los juristas: El Código de Hamurabi. Dicho código sostenía que el orden social babilónico está sustentado en principios eternos y universales de justicia dictados por los dioses. Más adelante el autor que mencionamos señala: “No hay camino fuera del orden imaginado. Cuando salimos de nuestra prisión hacia la libertad estamos caminando hacia un espacio de ejercicio de una prisión más grande”. Los juristas estamos acostumbrados a recurrir a teorías como la de “ficción” para explicar lo casi imposible o difícil en el mundo real.

Tomando como ejemplo las teorías que explican la persona jurídica podríamos referirnos con Salvat citado en el excelente estudio de Leandro Javier Caputo acerca de la *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria* (2006) para mencionar la teoría de la ficción, que entiende que las personas jurídicas tienen una existencia meramente ideal, constituyendo ficciones creadas por el legislador, desprovistas de

realidad, asimilándolas a las personas humanas. Lo anterior tiene su origen en la teoría de F.C. Von Savigny sobre la persona jurídica la cual se aparta de la persona *moralis* del Derecho natural, esta última teoría sostenía una relación de identidad entre el ente corporativo y sus integrantes como tal. La teoría de Savigny encuentra su reconocimiento total con Olivecrona para quien se permitía solucionar de un modo práctico y convincente el dilema jurídico que planteaba el hecho de que los socios respondieran exclusivamente con su aportación a la sociedad. La teoría de “levantamiento del velo corporativo” pretende, a veces abusivamente, volver a llevarnos a la realidad.

De cualquier manera como ha señalado Aquilino Iglesia Ferreiras en un excelente trabajo sobre *El libro del Consulado de Mar* (1997) no siempre la culpa es de la imaginación. Así señalando los trabajos en los cuales se pretende desprenderse de “el análisis crítico de los testimonios del pasado” señala:

Esta maniquea simplificación conduce fácilmente a la tentación de confundir novedad con originalidad y, fascinados por este fácil y cómodo recurso se hace irresistible la tentación de dejarse deslizar por una atractiva pendiente, para confundir arbitrariedad con imaginación.

Collingwood diferenciaba en su *Idea de la historia* (1965) entre la imaginación del novelista y la del historiador. Podríamos añadir la del jurista. Al final la reflexión se refiere a la cantidad de veces a lo largo de la historia que los juristas han –como los artistas– forzado a la realidad –al día a día impuesto por la sociedad– para pensar en nuevas posibilidades que van a poder ser alcanzadas antes de lo que imaginamos. De cualquier forma como dicen los filósofos la imaginación no solo es un hecho sino un valor. Lo que a veces no reflexionamos suficientemente es que la imaginación es una capacidad racional. Cada vez que imaginamos comparamos contra la realidad diaria cada frase, palabra, línea, etc. Siempre la pregunta por qué, igual que en la intención de Anscombe, está presente. Pero lo probablemente clave del proceso mental de la imaginación es que en ella hay un juicio que nos permite enfrentar, como lo hacía Freud, la vuelta de la imaginación a la realidad. En dicha vuelta la pregunta por lo correcto o incorrecto nunca deja de

acompañarnos. De alguna manera lo concebible es un test de lo posible. No podemos dejar de sentirnos –aun los juristas– atraídos por la idea de que la ficción es algo así como un mundo posible o al menos como señala Scruton una primera mirada a eso.

Pero de la imaginación nos dirigimos a algo que ella pudiera hacernos olvidar por un rato la dimensión de espacio y tiempo. Leyendo lo que la ley nos dice vemos que se ocupa de lo mismo en forma convencional. Tal como se hablaba de eso desde el comienzo del pensar humano. Nos preocupa la ley aplicable a un lugar así como los tiempos en los cuales trabaja o no un tribunal. No pretendo prescindir de ello (al menos por los momentos que no sabemos si en realidad lo son). El tema central es que la filosofía ha venido preguntándose desde hace algún rato qué ha pasado desde que la física se ha metido en el tema de “espacio” y “tiempo”. Podemos interrogarnos como juristas la hora de una clase, de un acto judicial, de la firma de un documento, etc. pero, a pesar de ello, como filósofos debemos –al menos– analizar la creencia en la falta de realidad del tiempo. Lo anterior se constituye en uno de los temas centrales de nuestra existencia.

Pero volviendo al espacio nos encontramos con una teoría de la relatividad de Einstein (construida alrededor de la geometría de Minkowski) que plantea la idea de que el espacio es relativo. El concepto de un espacio ocupado, que es lo que aceptamos la mayoría de los comunes, es cuestionado por los filósofos. Como dicen algunos la relación de “ser en” necesita ser clarificada. A lo mejor es algo que no le debemos a los matemáticos sino a los físicos (por el origen de la idea). No pretendo explicarles lo que no es del todo claro para la propia filosofía pero conceptos como validez, rigidez y cohesión son necesarios para darle sentido al lugar que ocupamos. Lo anterior sugiere –tal como señala Scruton– que la noción de “espacios ocupados” es más difícil de entender de lo que podemos pensar. Ella es, tal como argumentó Kant, fundamental para nuestras concepciones de un mundo objetivo, en el cual las cosas están en el espacio y consecuentemente pueden ser identificadas y reidentificadas por medio de su localización. Pero mientras podemos describir el espacio en términos de una geometría Hilbertiana (se refiere al matemático alemán David Hilbert) de puntos, las cosas en el espacio son algo más que los puntos que ellas ocupan.

Otra cosa distinta es la relativa a si debemos existir en un solo espacio. Al menos mi sentido común me puede decir que sí pero Lord Quinton afirma que no. En su famoso artículo “Space and Times” él describe lo que podría ser vivir en otros mundos espacialmente no relacionados. En todo caso, guardemos la idea del filósofo británico que dijo que “la filosofía es pensar acerca de pensar” para, por los momentos, resignarnos con el espacio que podemos entender ya que a fin de cuentas todo se reduce –en el fondo– a un problema de identidad (que en los dos espacios hablemos de la misma persona).

Con el tiempo entramos en un terreno que no es más sencillo. Karl R. Popper en su libro *Búsqueda sin términos. Una autobiografía intelectual* (2002) narra una reunión con Einstein en Princeton:

Yo intenté persuadirle de que abandonara su determinismo, que conducía a la concepción de que el mundo era un universo cerrado parmenideo de cuatro dimensiones, en el que el cambio era una ilusión humana o algo muy parecido (él corroboró que esta había sido su concepción y mientras discutíamos lo llamé Parménides). Yo argumenté que si los hombres, u otros organismos, podían experimentar el cambio y la sucesión genuina en el tiempo, entonces es que éste era real. No podría darse razón de él mediante una teoría de apariciones sucesivas en nuestra conciencia de láminas de tiempo que coexisten en algún sentido; porque este aparecer en la conciencia tendría precisamente el mismo carácter que el de la sucesión de cambios que la teoría trata de justificar... Traté entonces de presentar a Einstein-Parménides de la manera más rigurosa posible mi convicción de la necesidad de adoptar una actitud rotunda contra cualquier concepción idealista del tiempo. Yo también traté de mostrar que, aunque la concepción idealista era compatible tanto con el determinismo como con el indeterminismo, habría que tomar una postura clara a favor de un universo abierto –un universo en el que el futuro no estuviera en sentido alguno contenido en el pasado o en el presente, aun cuando estos imponen severas restricciones sobre aquel– y argüí que no deberíamos permitir que la influencia de nuestras teorías nos llevase a renunciar, con demasiada facilidad, al sentido común.

Para mucha gente el misterio del tiempo es difícil de aceptar justo como el espacio es decir como otra dimensión. Pero lo que es evidente es que no hablamos de una posición en el tiempo como sí hablamos de una posición en el espacio. El tiempo no tiene una ubicación que uno pueda escoger ocupar. Todo lo cubre y es inexorable. Lo anterior lleva a hacernos preguntas complicadas acerca de él tal como señala Scruton:

En primer lugar ¿es necesario? ¿Puede haber un mundo sin tiempo? En segundo lugar ¿es real? ¿Puede ser el tiempo de cierta manera una creación de la mente pensante o una manera de ver las cosas que no están de hecho situadas en él? En tercer lugar ¿puede una y la misma cosa existir en el tiempo y fuera de él? ¿Nos podríamos emancipar de la prisión del tiempo y seguir siendo las cosas que somos?

Si tuviéramos que caracterizar al tiempo diríamos que tiene una dirección, se mueve siempre desde el pasado hacia el futuro; no podemos movernos a través del tiempo como lo nacemos en el espacio; todo lo que está en el tiempo ocupa la totalidad del tiempo durante el cual existe.

No quisiera apesadumbrarlos con la discusión acerca de lo irreal del tiempo (común para muchos filósofos) pero el siguiente comentario de Schopenhauer es revelador:

El hombre se encuentra a sí mismo, para su gran sorpresa, existiendo de repente, después de miles de años de no existencia él vive por un rato; y después otra vez, vive igualmente un largo período durante el cual él no existe más. El corazón se rebela frente a esto y piensa que no puede ser verdad. El intelecto crudo no puede especular acerca de esto sin tener el presentimiento de que el tiempo es algo ideal en la naturaleza.

Probablemente recurrimos a la memoria para al menos acercarnos al tiempo pasado, al presente que ya se convirtió en pasado. La memoria proporciona una visión única en la cual el orden temporal se subordina al pensamiento.

Marcel Proust en su libro *En busca del tiempo perdido* (edición de Gallimard 1938) inspirado en Bergson (que diferenciaba tiempo y

duración) trata de mostrarnos que el tiempo que recordamos tiene un orden que no tiene el físico. Se trata de un orden de “sentido” en el cual los últimos eventos vacían su luz sobre los eventos anteriores y los iluminan. De tal manera que el orden en la memoria es un orden de sentido en vez de secuencia. No sin alguna razón se ha comparado la obra cumbre de Proust con Einstein al cual se refería Popper. En este sentido señaló Benjamín Carrión introduciendo la obra de Proust: “...lo han comparado ¿con quién?, pues nada menos que con Albert Einstein. Y se ha dicho que “a la recherche es la curva de un universo relativista en trance de ensancharse y contraerse sobre una curva continuidad espacio tiempo”. De alguna manera la angustia de Schopenhauer está presente en Proust:

Pero, cuando de un viejo pasado nada subsiste, después de la muerte de los seres, después de la destrucción de las cosas, solas, más débiles pero más vivaces, más inmateriales, más persistentes, más fieles, el olor y el saber se mantienen largo tiempo, como almas, a acordarse, a aguardar, a esperar, sobre la ruina de todo el resto, a sobrellevar, sin doblarse, sobre su gotita casi impalpable, el edificio inmenso del recuerdo.

En lo referente a Bergson parece haber en la filosofía de las ciencias todo un nuevo interés en él. Tal como señala Gilles Deleuze en *Bergsonism* (1997):

En su obra maestra, *Matter and Memory* Bergson descubre desde una concepción científica del cerebro a la cual hace importantes contribuciones, el requerimiento por una nueva metafísica de la memoria. Para Bergson la ciencia nunca es reduccionista pero, por otra parte, sí exige una metafísica sin la cual permanecería abstracta, privada del sentido de la intuición. Continuar el proyecto de Bergson hoy en día, implica por ejemplo constituir una imagen metafísica del pensamiento correspondiente a las nuevas líneas, indicios, dinamismos, etc., descubiertos por la biología molecular del cerebro: nuevas conexiones y reconexiones en el pensamiento.

En otra línea acerca del tiempo Alfred North Whitehead (*Process and Reality* 1978) nos habla de la teoría atómica del tiempo. Aunque su discurso es difícil de llevar a muchas de las discusiones actuales

de la filosofía. El autor que comentamos nos aporta el ejemplo de la antigua doctrina en la cual nadie cruza el mismo río dos veces. Ningún pensador piensa dos veces y poniendo las cosas más generales, ningún sujeto experimenta dos veces. Para Whitehead esto es lo que quería decir Locke con su doctrina del tiempo como “perpetual perishing”. Pero para el autor que comentamos (en la filosofía del organismo) no es la substancia la que es permanente sino la forma. Las formas sufren relaciones cambiantes, las entidades actuales perpetuamente perecen desde el punto de vista subjetivo pero son inmortales objetivamente. De hecho pereciendo adquieren objetividad mientras pierden subjetividad inmediata. Lo anterior lleva al autor que analizamos a la doctrina de la “inmortalidad objetiva”. Para Whitehead

Throughout the perishing occasions in the life of each temporal creature, the inward source of distaste or of refreshment, the judge arising out of the very nature of things, redeemer or goddess of mischief, is the transformation of itself, everlasting in the being of God. In this way, the insistent craving is justified the insistent craving that zest for existence be refreshed by the ever-present, unfading importance of our immediate actions, which perish and yet live for evermore.

Perecer y vivir por siempre es la paradoja del ser humano siempre presente en nuestra propia contradicción derivada del tiempo. Volviendo al Derecho podemos pensar en lo evidente, que las normas jurídicas no son eternas. Los cambios en las mismas se suceden y pareciera que las leyes de hoy están sujetas a transformaciones más drásticas que en el pasado. Tal como indica Luis Prieto Sanchiz en sus *Apuntes de Teoría del Derecho* (2011):

El tiempo de las normas no es uniforme, no ya en el sentido obvio de que su duración sea diferente, sino en el sentido algo más complejo de que el tiempo de una misma norma no tiene por qué ser idéntico en todos sus aspectos. Las normas son artificios, no fenómenos naturales y como tales artificios admiten distintas combinaciones

El comentario anterior es valioso en el sentido de anticipar el futuro. Es posible un mundo en el cual el legislador establezca regulaciones

muy generales relacionadas con valores que la comunidad quiere preservar y que una forma inteligente de tomar decisiones (que no tiene que ser necesariamente humana) establezca los detalles de acuerdo con un exigente análisis socio-económico (por ejemplo). Con la forma anterior de ajustar las reglas generales acordes con los valores, por ejemplo los constitucionales y los demás que hayan no podido ser reconocidos constitucionalmente pero que imperen en el ser social o las realidades sociales, no sería complicado establecer las propiedades formales de los sistemas para utilizar la expresión de Alchourrón y Bulygin. En realidad el Derecho trata acerca de hechos a los cuales le da una significación jurídica. Los cambios de los mismos pueden ser anticipados con soluciones particulares previamente moldeadas. No me refiero a lo que necesariamente va a suceder en un mundo donde todavía la inteligencia artificial se aplica fundamentalmente al Derecho en temas como investigación legal, revisión y descubrimiento de documentos y revisión de contratos. A lo que quiero referirme es que los juristas gracias a la filosofía están teniendo una visión del tiempo que no alcanzamos con nuestros análisis jurídicos o al menos no pensamos como podría transformar nuestra ciencia en el futuro. Ello va a ser erróneamente significativo en temas como *tempus regit actum*; entrada en vigor de las normas; *vacatio legis*; pérdida de vigencia de las normas; derogación, etc.

No es casual que muchos autores hoy en día que trabajan temas de inteligencia artificial aplicable al Derecho recurran a la filosofía legal (jurídica) señalando:

Una aproximación computacional en esta materia, puede llevar a abstenernos de viejas cuestiones y a la apertura de nuevas. Ese desarrollo puede ser de ayuda porque el análisis de algunos tópicos corrientes hoy como casos claros, razonamiento con ejemplos y razonamiento de acuerdo con el propósito de la ley son enormemente imprecisos.

Al final de cuentas todos preferiríamos tener un modelo legal, por más general que sea, que no en el cual el que ejerce arbitrariamente el poder lo cambie todos los días de acuerdo con sus mejores estimaciones.

Lamentablemente en el Derecho –a menos que se reconozca como una ciencia igual a las demás– no tenemos lo que Quine llamaba

“oraciones eternas” que para él son el repositorio de la verdad en sí misma independientemente del momento y de quien lo diga. A pesar de que un reduccionista como Quine no lo admitiría yo pienso que las únicas verdades eternas que tenemos los juristas son las que provienen del Derecho natural que no siempre están presentes en la forma jurídica asumida por una sociedad.

En todo caso el Derecho positivo es paradójico. A veces por tatar de ser justo con una parte de la población es injusto con otra. Otras veces para garantizar unos derechos atenta contra otros. El equilibrio entre derechos y deberes no es siempre sencillo. Finnis en su clásico libro acerca de *Ley Natural y Derechos Naturales* (1980) señala:

La búsqueda de cualquier forma de comunidad humana en la que los derechos humanos sean protegidos mediante la imposición de deberes supondrá necesariamente tanto la selección de algunas concepciones del bien común como el rechazo de otras, y restricciones considerables a las actividades de todos (incluidos los legisladores mismos) en su condición privada como personas sujetas al egoísmo y a la indiferencia respecto del verdadero bienestar de los demás. Algunas formas de buscar el bien común a través de la legislación yerran por olvidar que la autenticidad personal, el auto-gobierno y la privacidad para la contemplación o el juego o la amistad son aspectos y atributos importantes del bienestar humano. Los programas paternalistas culpables de esta inadvertencia deberían ser criticados por esto –una falta de justicia conmutativa– y no por el vicio bastante diferente de la discriminación, el prejuicio de grupo, la negación de igual consideración y respeto, una suerte de egoísmo refinado, una falta de justicia distributiva. Juzgar que otro hombre está equivocado y actuar según ese juicio, no se ha de considerar equivalente, en ningún área del discurso y del juicio humanos, a despreciar a ese hombre o preferirse a uno mismo.

Las paradojas en la Alemania nazi estuvieron a la orden del día. En un acucioso estudio Herlinde Pauer-Studer y el filósofo norteamericano J. David Velleman elaboran una biografía moral de Konrad Morgen. La obra titulada *Konrad Morgen. The Conscience of a Nazi Judge* pretende entender cómo Morgen (abogado y doctor en Derecho) asumió las contradicciones derivadas de su cargo juez de los SS (Waffer SS. Unidad

de Reserva). La función del sistema judicial especial del que formaba parte Morgen era el de tratar las ofensas criminales de los miembros de las Waffen-SS; fuerzas especiales de la policía y policía de seguridad. Lo curioso de la actuación de Morgen (en campos como Buchenwald, Auschwitz) es que empezando con temas de ofensas pecuniarias y corrupción termina en los de homicidios. En los primeros se juzgaba la apropiación de bienes indebidos los cuales eventualmente debían pasar de los particulares al Estado. En los segundos se procesaban faltas contra el Derecho internacional (específicamente la Convención de La Haya de 1907 que no sancionaba delitos contra la humanidad); exterminio de prisioneros no autorizado por las leyes vigentes; desaparición de testigos; obstrucción de justicia; desaparición de evidencias, etc. Las leyes que aplicaba el personaje en cuestión podían ser calificadas como contrarias a los derechos humanos pero había que aplicarlas conforme a Derecho. Para ilustrar jurídicamente la época Pauer-Studer y Velleman señalan:

Los asesinatos de miembros de la SS y oponentes políticos en la purga de Röhm le chocaron a muchos alemanes porque evidenciaban hasta qué punto el régimen iba a llegar para asegurar el poder único del Führer. El Ministro de Justicia Franz Gürtner fue forzado a autorizar las muertes por una ley retroactiva, la Ley relativa a Emergencia Nacional por Medidas de Defensa de tres de julio de 1934. El jurista de la “corona” del Tercer Reich, Carl Schmitt, publicó un artículo titulado “El Führer protege al Derecho” en el cual, no solamente defiende las muertes sino que las declara legales. Él argumentaba que Hitler actuando como el “Supremo justiciero” (oberster gerichtsherr), había protegido al Derecho en contra del mal uso creando su propio Derecho en momentos de peligro”. Pero volviendo a Morgen que es la reflexión que nos ocupa y su interés por aplicar bien el Derecho que existía y buscar ser estricto para prevenir su mal uso, es conveniente señalar el núcleo de la obra de los autores que venimos comentando:

¿Qué pueden los estudiosos de la moral y la teoría legal aprender del caso de Konrad Morgen? Para empezar, nosotros podemos aprender de la sicología moral que las personas que viven en situaciones de atrocidades masivas como la del Holocausto no pueden ser

categoricamente calificadas con conceptos como bueno y malo. Konrad Morgen no fue ni negro ni blanco sino gris. Él apoyó, y nunca se rebeló en contra del ethos de las SS nazis, y su conciencia durmió con las noticias de progroms y ejecuciones solo para despertarse frente a las muertes que se produjeron a escala industrial. Pero él mostró genuina compasión por los judíos presos en Buchenwald y reconoció su derecho a la vida. A pesar de su apoyo a las SS, él fue una espina para su jerarquía y al final, él usó su poder en contra de algunos de los peores perpetuadores, corriendo grandes riesgos. Morgen no fue un santo, al menos a primera vista, pero tampoco fue un demonio. Él fue, como ya dijimos, un estudio en complejidad moral.

Muchos de los fallos de Morgen se deben a una incorrecta caracterización de lo que tenía frente a sus ojos. La caracterización de la opresión como pacificación, liquidación como eutanasia, maltratos y muerte como investigación médica. Su caso ilustra lo inadecuado de los valores sostenidos o de los principios aplicados sin el ejercicio del escepticismo acerca de los términos recibidos para la calificación de los actos.

El texto anterior es ilustrativo de la posición que los juristas asumen a la hora de dejarse envolver por caracterizaciones distorsionadas. Otro alemán, en terrenos opuestos, en su *Filosofía del Derecho* se refiere a “las antinomias de la idea del Derecho”. Su idea comienza con una cita de Ibsen la cual señala: “¿Habréis pensado alguna vez una idea hasta su último término, sin tropezaros con alguna contradicción?”. Radbruch llega a un resultado en el cual

La justicia, la finalidad y la seguridad del Derecho dominan conjuntamente en todos sus aspectos, aunque puedan surgir entre estos elementos entre sí agudas contradicciones. Hay épocas que se inclinan a marcar el tono sobre uno u otro principio. Así el Estado-policía intentó que predominase el principio de la finalidad, olvidando en las decisiones de su justicia de cámara (kabinettjustiz) a la justicia y a la seguridad. La época del Derecho natural intentó derivar al conjuro de la idea formal de la justicia la totalidad de los contenidos jurídicos al par que su vigencia. La pasada época del positivismo, con fatal unilateralidad, solo vio la positividad y la seguridad

del Derecho y ocasionó que por largo tiempo quedara silenciosa la investigación metódica de los fines y hasta de la justicia del Derecho establecido... Hemos mostrado contradicciones sin poderlas resolver.

La filosofía nos habla de muchas contradicciones que debemos resolver, no por resolverlas, sino para no seguir perdiendo tiempo con lo que no nos aporta mayores luces para entender.

No obstante la filosofía vive con paradojas. Ellas pueden enseñarnos el valor de las contradicciones a la hora de no entregarnos algo que pudiera ser revisable. Probablemente las contradicciones de Radbruch no tengan una solución definitiva sino tratamos de volver a entender las ideas; si no las vemos de una forma diferente; si no las descartamos; si no introducimos otras, etc. El cerrar el camino con lo que tenemos no es la forma adecuada de cambiar cosas que por sí solas van a exigir un cambio. Por eso las paradojas de las cuales nos habla la filosofía son valiosas. A veces los juristas elaboran teorías sofisticadas que se aceptan porque nadie, a pesar de no estar de acuerdo con ellas, se atreve a conducir las al análisis de la razón.

Para los filósofos la realidad es paradójica. Paradoja significa una proposición contraria a nuestras creencias y son de dos tipos: aquellas que desafían cualquier ortodoxia que nos es familiar (frecuentemente sin suficientes explicaciones); y aquellas que comienzan con premisas intuitivamente aceptables y derivan de ellas contradicciones, es decir algo que no puede ser verdad. Este segundo tipo de paradoja es la de mayor interés para los filósofos modernos debido a que la misma proporciona un tipo de test objetivo acerca de lo contundente de un sistema filosófico: una contradicción es una *reductio ad absurdum* de las ideas que la producen. Ahora bien si la realidad es paradójica como decíamos más arriba los filósofos tienen más simpatía por la filosofía que las registra que por aquello que las resuelve. Esta era la esperanza de Kant, en el desarrollo de su filosofía de la libertad. Todos los seres racionales pueden ser llevados a ver, creía Kant, tanto que tenían libertad como que los postulados de la libertad son desde el punto de vista intelectual inherentemente paradójicos. Otros desde una forma de ver las cosas, más mística, han mostrado su voluntad de asumir la paradoja en cada

esfera como una forma de reconocer las limitaciones humanas y nuestra necesidad por la guía divina y la revelación.

La paradoja puede ser un acto de desafío, en el cual las cosas ordinarias pueden ser puestas a distancia y ridiculizadas. Kierkegaard (citado por Scruton) mencionaba que “el pensador sin una paradoja es como el amante sin sentimientos, una mísera mediocridad”. Pero en la historia de la filosofía Kant y Hegel (la magnifican) le dan un sentido diferente a la paradoja. Para ellos la razón cae en contradicción no porque desobedezcan sus propias leyes sino porque las obedecen estrictamente. Es la razón la que nos lleva a la paradoja y es ella misma que la debe vencer. Para Hegel (en una época donde la fe declinaba) la paradoja reside en la naturaleza de las cosas y la dificultad de creer en lo que nos consuela reside solo en el letargo de nuestros poderes mentales.

Sin intentar meternos en el análisis detallado de paradojas como cuando sí y cuando no uno o unos granos de sal hacen un montón (esto debido a que las conclusiones a las que se llegó establecieron que cada colección de granos es tanto un montón como no) o la paradoja de Zenon referente a la tortuga de Aquiles o la más significativa para los filósofos de hoy referente a los cuervos de Hempel que llevó a la filosofía de las ciencias a pensar que el método científico no puede ser resumido en el principio de la inducción.

Wittgenstein en sus *Investigaciones filosóficas* aportaba con curiosos ejemplos (tal como si ayer sabía el poema de memoria hoy no lo sé). ¿En qué caso tiene sentido la pregunta cuándo he dejado de saberlo de memoria? lo que llamaba la gramática de ajustar, poder y entender. En tal sentido señalaba:

Los criterios que admitimos para ajustar, poder, entender son más complicados de lo que pudiera parecer a primera vista. Es decir, el juego con estas palabras, su empleo en el tráfico lingüístico cuyo medio son, es más intrincado —el papel de estas palabras en nuestro lenguaje es más diferente— de lo que estamos tentados a creer (este papel es el que tenemos que entender para resolver paradojas filosóficas...).

En otra parte de sus *Investigaciones filosóficas* Wittgenstein se refiere a una paradoja propia:

Nuestra paradoja era esta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: Si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría ni concordancia ni desacuerdo... De ahí que exista una inclinación a decir: toda acción de acuerdo con la regla es una interpretación. Pero solamente debe llamarse interpretación a esto: sustituir una expresión de la regla por otra.

Los juristas queremos rodearnos de un mundo de seguridad jurídica que a veces debe vivir con justicia y finalidad. Probablemente la aprobación –altamente cuestionada– de la Asamblea Constituyente venezolana de 2017 marque un hito importante en cómo la finalidad prevalece sobre la justicia y la seguridad jurídica. ¿Qué justicia puede haber al tratar al que ideológicamente no está contigo como un enemigo que no merece la más mínima consideración y atención? ¿Qué justicia puede haber cuando quien la debe administrar lo hace considerando solamente la finalidad de un proyecto político? ¿Qué justicia puede haber cuando el adversario político se constituye en un agente de intereses malignos que debe ser eliminado? Las enumeraciones son muchas en lo relativo a la justicia. ¿Por qué en lo referente a la seguridad jurídica no mencionamos que la misma deja de existir cuando todos los días se recurre a cambios soportados por conceptos etéreos difíciles de entender como por ejemplo: lograr la paz sin el consenso de todos y en beneficio de todos; solucionar los problemas económicos con las mismas decisiones que lo han provocado; anticipar cambios sociales no queridos y no entendidos por la mayoría, etc.?

Pero la filosofía nos explica las contradicciones de una forma creativa con el objeto de usarla como un buen referente para lograr una mejor decisión. A fin de cuentas, como hemos visto en líneas anteriores, no podemos crear ningún sistema en el que se desprecie al hombre o en que se privilegien a algunos en contra de otros. El caso de Morgen ilustra ese conflicto entre cumplir el Derecho injusto o impuesto o dejarse llevar por los mandatos de la moral. En el caso analizado el dilema de Morgen lo llevó a extremos tales como utilizar el Derecho injusto de forma tan estricta como para poder evitar que los que ejecutaban

medidas inhumanas lo pudieran seguir haciendo con total impunidad. Todo ello sin cuestionar la juridicidad del Derecho aplicado.

Pero las paradojas nos llaman a utilizar el escepticismo en la calificación de actos que pudieran tener soluciones distintas a las que siempre se han seguido. Como Kant enseñaba la libertad implica una gran paradoja. Para el jurista siempre está presente el tema relativo a los límites de ella, sin descuidar una esencialidad que la hace elemento particular de la vida humana. Pero como señalaba Hegel la razón puede caer en contradicción por obedecerla ciegamente. No es este el lugar para considerar la razón teórica y la práctica. Pero debe ser un elemento permanente de reflexión. Los juristas tratamos de ver al fin del camino al Derecho como una ciencia más. No obstante como ha demostrado Hempel a través de su paradoja de los cuervos la inducción no puede ser el fundamento de todo conocimiento científico. Podríamos volver a lo largo del tiempo una y otra vez a ese famoso capítulo de Kant relativo a “las antinomias de pura razón”.

En los textos de Wittgenstein se vuelve a poner de relieve la necesidad del “tráfico lingüístico” para dilucidar el papel de las palabras en nuestro lenguaje. Su cuestionamiento de las reglas en el texto citado nos llama a reflexión sobre cómo debemos manejar la interpretación que para el filósofo vienés es sustituir una expresión de la regla por otra. Todo esto se relaciona a lo que el mismo llamó “la regla por la que él procede” que debe ser capaz de ser entendida por todos. Ello exige el determinar en el lenguaje de Wittgenstein “la regla de acuerdo con la que él juega”.

Cuando se es educador las contradicciones son difíciles de explicar más cuando los futuros juristas se han formado una idea del Derecho que es contraria a lo que se maneja a diario. El aceptar esa idea es como anunciar una derrota antes de haber empezado a luchar. Hart en el capítulo IX de *El concepto del Derecho* se esfuerza por mantener lo que él llama “la simple doctrina positivista”. No obstante obligado por las realidades humanas es capaz de decir que en la relación entre el Derecho y la moral vale la pena “que las cuestiones en juego sean identificadas claramente”. Al menos es una concesión, para algunos, pequeña de una gran obra jurídico-filosófica.

Por lo pronto en nuestro país los juristas del futuro tendrán que esperar que llegue su momento en el cual podamos aproximar los ideales a la realidad. Ello no es sencillo pero es la razón más importante por la que se elige esta profesión que no es otra cosa que una aproximación “valorativa” a lo social.

Tal como acertadamente señala Scruton

las paradojas surgen en el pensamiento de un ser racional quien sigue los principios de un argumento deductivo hasta una conclusión que resulta contraria a la razón. Si él es racional no va a aceptar la conclusión. Pero la gente no es siempre racional, y muchas veces su irracionalidad es motivada: ellos adquieren una voluntad de creer lo que estrictamente es increíble.

Sin entrar a fondo en el tema relativo a la irracionalidad humana ello se manifiesta todos los días en acciones y deseos. Los filósofos han tenido un gran interés por las motivaciones irracionales ya que este asunto se conecta con el referente a la razón práctica. La literatura está llena de ejemplos de lo que se ha llamado “el dilema de los prisioneros” el cual ilustra cómo agentes racionales, haciendo escogencias enteramente racionales, pueden perjudicar sus propios intereses cuando hay otro jugador en el juego. Las anteriores consideraciones nos llevan a pensar cómo un espíritu objetivo como es el humano se traduce en fórmulas de relación-social que reflejen ese espíritu.

En ese orden de ideas podemos pensar en las teorías contractuales de Hobbes, Locke y Rousseau. Para Hobbes en su *Leviatan* (1651):

Dícese que un Estado ha sido instituido cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le otorgará, por mayoría, el derecho de representar a la persona de todos (es decir, de ser su representante). Cada uno de ellos, tanto los que han votado en pro como los que han votado en contra, deben autorizar todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres lo mismo que si fueran suyos propios, a objeto de vivir apaciblemente entre sí y ser protegidos contra otros hombres.

Puede ser como señalan los historiadores que muchas de las opiniones del autor recién citado hayan estado influidas por la guerra civil

inglesa y la anarquía reinante en la sociedad. En Hobbes la obediencia al Derecho es el costo a pagar por ser parte de la sociedad. Los ciudadanos ofrecen su obediencia a cambio de los beneficios aportados por la paz civil.

Para Locke en su *Segundo tratado del gobierno civil* los hombres entrando en el contrato original no están cambiando paz por guerra sino su libertad natural por las ventajas de la vida civilizada. La sociedad civil que se origina por el contrato civil, debe respetar los derechos inalienables derivados del Derecho natural, entre esos derechos está el derecho a la vida, a la integridad personal y a la propiedad.

Más conocida para nosotros puede ser la teoría de Rousseau contenida en su *Contrato social*. El hombre es bueno por naturaleza y también es libre. Gracias a las instituciones pierde su libertad convirtiéndose en alguien malo. El siguiente texto del *Contrato*... ilustra su posición:

Estas cláusulas, correctamente entendidas, se pueden reducir todas a una sola, a saber, la enajenación total de cada miembro y sus derechos a la comunidad como un todo...

Cada uno pone su persona y su fuerza íntegra bajo la directiva superior de la voluntad general; y cada uno de nosotros recibe, como cuerpo, a cada miembro como parte inseparable del todo.

Las argumentaciones en contra de la teoría referida han sido diversas a lo largo de la historia. Por ejemplo, para Burke el contrato social perjudica los derechos de los que no han tomado parte en él: los muertos y los que no han nacido. Por su parte Hume dice que la teoría –al menos como la sostiene Locke– requiere un consenso difícil de lograr. En todo caso para el mismo Locke siempre había la posibilidad de irse a otro lado (textualmente indicando que había plazas libres en América). Hegel simplemente acababa con el argumento contractual señalando que la teoría era “ingenua”. La sociedad no se puede fundar en un contrato ya que los mismos no tienen realidad hasta que la sociedad no esté en su sitio. A fin de cuentas Hegel se soporta en la complejidad de la vida política la cual exige muchos niveles de obligación y compromiso (la última expresión es nuestra).

John Rawls en su *Theory of Justice* (1971) señala:

Que su objetivo es presentar una concepción de la justicia que generalice y lleve a un mayor nivel de abstracción la conocida teoría del contrato social como se encuentra en Locke, Rousseau y Kant. Para hacer esto no estamos pensando en el contrato original como uno capaz de entender a una sociedad particular o de establecer una forma particular de gobierno. En lugar de eso, la idea que me guía es la de que los principios de justicia, para la estructura básica de la sociedad, son el objeto del acuerdo original.

El cambio de Rawls es fundamental ya que no se refiere a un acuerdo para simplemente vivir mejor o sobrevivir en el peor de los casos sino para vivir con justicia. Las personas libres y racionales (Kant) deciden vivir de acuerdo con una justicia que se define por su imparcialidad.

Amartya Sen, premio nobel de economía, en su obra *La idea de la justicia* (2009) evoca el tema de la imparcialidad de la siguiente manera:

¿Puede haber una satisfactoria comprensión de la ética en general y de la justicia en particular que confine su atención a algunas personas y no a otras, con la presunción así sea implícita, de que algunas personas son relevantes y otras no? La filosofía política y moral contemporánea ha seguido de manera general la orientación de Mary Wollstonecraft y niega esa posibilidad al exigir que se vea a todo individuo como política y moralmente relevante.

A pesar de las críticas que podemos hacer a la teoría señalada y sus versiones más contemporáneas hay elementos a guardar en nuestro reservorio legal: Derecho natural; deberes; responsabilidad del Estado; gobierno; justicia; imparcialidad. La última palabra parece golpearnos duramente cuando valoramos al sistema de justicia venezolano actual. Probablemente no podemos pedirle a nuestros jueces lo que Jules Coleman y Brian Leiter le pedían a su juez en un famoso artículo de 1993 mencionado en el libro de Leiter *Naturalismo y teoría del Derecho* (2007) en el capítulo relativo a “Derecho y objetividad”. De cualquier manera podríamos empezar con la imparcialidad.

En todo caso ir de la teoría del contrato a formulaciones en las cuales se privilegie las decisiones colectivas no resuelve todos los

problemas. En los últimos tiempos los filósofos se han ocupado de las paradojas originadas por la democracia y por el ejercicio de la misma a través del voto. Con la introducción (especialmente en el voto) de teorías como la del matemático y economista Kenneth J. Arrow (premio nobel de economía). El teorema de Arrow se puede expresar así: Si hay al menos dos individuos y al menos tres opciones, no existe una función de utilidad social que verifique las condiciones de universalidad, independencia, principio de Pareto y ausencia de dictadura.

Scruton señala que para Arrow es imposible designar a una constitución, como él se refiere a ese tipo de acuerdo, que vaya a generar rangos completos y consistentes de alternativas de estados en una sociedad si no se satisfacen algunas “condiciones intuitivas”.

Para muchos autores la clave de todo reside en cómo las pruebas puedan definir un estado de bienestar social sujeto a un conjunto de reglas que transformen las preferencias individuales en resultados sociales.

Pero no podemos pasar por alto el tema de la “voluntad general” en Rousseau. En efecto para él todo individuo puede tener una voluntad particular, que se diferencia de la voluntad que tiene como ciudadano. Relacionando esta voluntad general con el contrato llega a decir:

Para que el contrato social no sea una fórmula vacua, contiene tácitamente este compromiso, que solo por sí puede autorizar a los demás y quien no quiera obedecer a la voluntad general será obligado a ello mediante el cuerpo interno.

A fin de cuentas la voluntad general es clave para entender el fundamento de la ley. Así señala Rousseau:

El ciudadano acepta todas las leyes, aun aquellas que fueron aprobadas contra su voluntad... La voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general... Cuando se propone una ley... lo que se pregunta no es precisamente si los ciudadanos aprueban o rechazan el proyecto, sino si esta es conforme a su voluntad general o no; cada uno con su voto manifiesta su opinión al respecto, y del conjunto de votos resulta la declaración de la voluntad general.

La filosofía política trata de introducirnos en la compleja y dificultosa teoría del Estado. Pasando por teorías como la constitucional; la relativa a la participación y representación del gobierno; la propia naturaleza del Estado; la separación de los poderes y la legitimación se nos pretende explicar cómo un ente ficticio puede determinar el curso de la vida de una generación actual y muchas por venir.

En realidad si el Estado es como decía Hegel “la realidad de la idea ética” poco importa que su extensión sea inmediata o mediata. La voluntad substancial del Estado asume el más alto Derecho frente al individuo. No es accidental que la *Filosofía del Derecho* de Hegel termine en la sección tercera con el Estado. Para Hegel el Estado, como la realidad de la voluntad substancial que posee en la conciencia de sí individual elevada a su universalidad, es lo racional en sí y para sí. Esta unidad substancial como absoluto e inmóvil fin de sí misma, es donde la libertad alcanza la plenitud de sus derechos, así como este fin último tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber supremo es el de ser miembros del Estado.

De alguna manera cabría para explicar lo que somos la misma frase de Hegel citada por Adorno en su estudio de *La sustancia experiencial* (1963): “El individuo, tal y como aparece en este mundo de lo cotidiano y prosaico, no... es activo por su propia totalidad, ni por sí mismo, sino que es comprensible por lo otro”. Pero a la relación entre los individuos y el Estado (si bien nación y Estado son diferentes para el momento en que Hegel escribió no había un Estado alemán). Pero idealmente el Estado debe ser organizado para que los intereses particulares de los ciudadanos coincidan con los intereses comunes del Estado. Por otra parte la creación del Estado es el principal objeto por el cual el espíritu del mundo usa individuos y gentes como sus instrumentos.

Todo el valor, toda la realidad espiritual que los ciudadanos individuales poseen, lo poseen solo a través del Estado. El Estado para Hegel es la idea divina tal como existe en la tierra. Esa idea no está del todo realizada. Pero contrariamente a lo que podríamos pensar para Hegel el espíritu alemán es el espíritu de un nuevo mundo en el cual la verdad absoluta solo podría realizarse con una libertad ilimitada. Lo anterior no parece posible –en mi opinión– con el rol asignado al Estado. Para muchos historiadores la glorificación del Estado como un fin en sí

mismo; el rol cósmico atribuido al pueblo alemán y la evaluación positiva de la guerra que formuló Hegel contribuyeron de alguna forma con las dos grandes guerras mundiales del siglo veinte. Para filósofos como Kenny en Hegel como en Rousseau debemos recordar las consecuencias desastrosas que puede producir una metafísica imperfecta.

Los filósofos desde tiempos inmemoriales se han ocupado de la justicia. No hay una palabra más común en los comienzos de una carrera de Derecho en cualquier parte del mundo. Para la filosofía la justicia –tal como lo señala Luc Ferry en su *A Brief History of Thought* (2011)– es uno de los valores fundamentales de la existencia humana (los otros son la verdad, la belleza y el amor). El autor que acabamos de citar comenta que los cuatro valores, independientemente de lo que digan los materialistas, permanecen como fundamentalmente trascendentes para el individuo particular, para mí y para ti, igual que para cualquier otro. Déjeme justificarlo un poco más: yo no invento verdades matemáticas, tampoco la belleza de una obra de arte, ni los imperativos de la vida moral; y cuando “caigo enamorado”, como la frase lo describe adecuadamente yo no escojo deliberadamente estar así. La trascendencia de los valores en este sentido es patentemente real. Pero está basada en una experiencia concreta, no en una ficción metafísica, no en la forma de un ídolo como “Dios” o el paraíso o la república o socialismo. Nosotros podemos construir la fenomenología de esta experiencia, una simple descripción que comienza con el sentido de una necesidad inescapable desde la perspectiva de no ser capaces de pensar o sentir de manera diferente con respecto a un sujeto particular.

Cuantas veces no hemos meditado con respecto a la justicia distributiva y conmutativa de Aristóteles y su rol como virtud esencial. En el libro V de la *Ética a Nicómaco* (libro IV de la *Ética Eudemia*). Aristóteles señala:

Siempre me ha sorprendido la extraordinaria forma de calificar tanto la justicia como la injusticia en función de acciones u obras deseadas o queridas lo cual nos proporciona una fórmula de cómo ser justos o injustos en el entendido de que lo que juzgamos es el carácter ético de una persona.

Para Aristóteles “en la justicia se encuentra resumida toda virtud”. Es una virtud “perfecta”, porque quien la posee puede conducirse virtuosamente con otros y no consigo mismo.

El tema de la justicia e injusticia como “estado” del carácter no deja de generar algunas complicaciones pero constituye un elemento esencial de la moral aristotélica por ejemplo con relación a la platónica. Este hecho es admirablemente analizado por Ronald Polansky en su artículo “Giving Justice Its Due” publicado en *The Cambridge Companion to Aristotle’s Nicomaquean Ethics* (2014) en el cual señala:

Platón muestra que lo que es legal es justo..., y también que lo propio de una correcta distribución de bienes, como tareas y propiedad, es justo. La República despliega justicia en diferentes niveles: la “polis” o ciudad estado es justa cuando los individuos y las clases de individuos, que son artesanos y agricultores, soldados y reguladores, hagan su tarea propia en la comunidad; la justicia reside dentro de los individuos cuando cada parte del alma –apetitiva, espiritual, y racional– realiza su propia función, el universo entero exhibe justicia desde que todas sus partes mantienen el buen orden. Aristóteles en su trabajo ético, con el aporte de sus predecesores, pretende dar un tratamiento correcto a la virtud crucial de la justicia.

La *Ética a Nicómaco* se concentra alrededor de la justicia y la injusticia como estados del carácter o disposiciones de las personas, en línea con otras virtudes morales. Clarificando el rol de la justicia como virtud, Aristóteles refleja con alguna extensión lo que es justo e injusto ya que la justicia es una disposición a hacer acciones justas y la injusticia a hacer acciones injustas. Pero lo justo y lo injusto son nociones más amplias que justicia e injusticia como disposición. Una acción, derecho o un veredicto judicial pueden ser justos sin ser justos o injustos de carácter o mismo presuponiéndolo. Desde que Aristóteles se focaliza en la justicia e injusticia del carácter se concentra solo en una parte de lo que es justo e injusto. Eso explica por qué en su obra no discute ampliamente temas como crimen y castigo y otros tópicos pertinentes a lo que es justo e injusto. El reconocimiento de esta limitación de tratamiento remueve muchas de las dificultades de sus intérpretes en lo relativo a la posición de Aristóteles con respecto a lo justo y a lo injusto.

Probablemente no nos resolvió algunos temas jurídicos particulares como sí lo hicieron autores posteriores como Santo Tomás de Aquino en la *Suma teológica*. No puede bajo ningún punto de vista dejar de analizarse permanentemente la obra de Santo Tomás como probablemente una de las obras más integrales que se ha escrito del ser humano en la cual se pretende cubrir toda su vida interna (incluyendo su relación con la divinidad) hasta su vida social en la cual el Derecho es manejado con la experticia de un conocedor profundo del mismo. No es solo un esfuerzo por determinar la relación entre el Derecho y la justicia pregunta que se sigue repitiendo a lo largo de la historia. Es la profundización de un concepto de igualdad relacionado con la justicia que define sus límites (ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro). En su enfoque logra caracterizar al Derecho como el objeto de la justicia lo cual marca una pauta esencial en la manera de regular nuestras vidas en sociedad. Pero ¿cómo no exigirle a Santo Tomás que nos hablara de esa triple dimensión del Derecho proveniente de lo que Dios como creador del universo establece; de lo que la naturaleza de los seres humanos como hijos de Dios determina y lo que los hombres establecemos para vivir en sociedad? Pero Santo Tomás tiene la inteligencia de transformar el hábito del filósofo en la operatividad de la razón práctica en la elección de lo justo (“la justicia es el hábito según el cual se dice que uno es operativo en la elección de lo justo”).

El análisis de Santo Tomás siguiendo al filósofo no solo dimensiona y rescata el valor de la justicia como virtud esencial, adicionalmente la señala como la esencia del acto humano. Ningún filósofo en la historia de la humanidad ha señalado de forma tan categórica el rol de la justicia como virtud:

La virtud humana es lo que hace bueno al acto humano y bueno al hombre mismo, lo cual, ciertamente, es propio de la justicia; pues el acto humano es bueno si se somete a la regla de la razón, según la cual se rectifican los actos humanos.

Pero su esfuerzo por terminar la tesis empezada por el filósofo acerca de la voluntad (lo que hacemos voluntariamente e involuntariamente) en el aquinense se define en una frase esencial para la psicología actual:

La justicia no se ordena a dirigir algún acto cognoscitivo, puesto que no somos llamados justos porque conozcamos algo rectamente. Por lo cual, el sujeto de la justicia no es el entendimiento o la razón, que es potencia cognoscitiva... De ahí que la justicia no pueda hallarse en lo irascible o en lo concupiscible, sino únicamente en la voluntad.

El valor de lo dirigido a otro de la justicia –ya presente en Aristóteles– se refuerza en Santo Tomás:

...la justicia se ordena a otro, no versa sobre toda la materia de la virtud moral, sino solo sobre las acciones y cosas exteriores, con arreglo a cierta razón especial del objeto, es decir en cuanto que por ella un hombre se coordina con otro.

A menudo he pensado en la simetría de la justicia con la caridad. La filosofía cristiana las encontró en una relación que pudiera ser compleja en sus características esenciales pero no en lo práctico: no puedo ser caritativo cometiendo un acto injusto.

Siempre he revisado en el Dr. Angélico esa definición que aprendemos en primer año de Derecho de la justicia como “dar a cada uno lo suyo”. Esa definición la he acompañado con la cita que Santo Tomás ha hecho de Ambrosio que señala “que la justicia es la virtud que da a cada uno lo suyo, no reivindica lo ajeno y descuida la propia utilidad para salvaguardar la común equidad”. La crítica a la utilidad empezó antes de Rawls en contextos históricos diferentes. No obstante no se puede criticar a la utilidad como tal si ella se orienta al bien de todos. En este sentido el Dr. Angélico citando al filósofo señala:

Las virtudes más grandes son necesariamente aquellas que son más útiles a otros, ya que la virtud es una potencia bienhechora. Por eso son honrados preferentemente los fuertes y los justos, porque la fortaleza es útil a otros en la guerra; en cambio la justicia lo es en la guerra y en la paz.

El mensaje anterior aristotélico-tomista cuestiona profundamente el hecho de dejar de ser justos por coyunturas especiales como la guerra.

Probablemente no deberíamos prolongarnos con el tema de la injusticia pero su relación con la desigualdad es clave en el Dr. Angélico:

otra forma de injusticia es aquella que entraría cierta desigualdad con respecto a otro; esto es, según que el hombre quiere tener más bienes, como riqueza y honores, y menos males, como trabajo y daños.

Un tiempo antes de estudiar Derecho leí en algún libro de filosofía que Anaximandro (pupilo de Tales de Mileto) se ocupaba de estudiar el balance entre sus elementos (cuatro) como manera de proporción y justicia cósmica. Algunos señalan –como Arhur Herman– que fue la primera vez que los griegos se ocuparon de esa proporción. En todo caso –menos complejo que un tema de proporción– nos preguntamos todos los días acerca de algo tan práctico como ¿por qué no tratamos a todos de la misma forma? Las respuestas –que probablemente ocuparían muchas páginas– no lo van a explicar. De lo anterior se deriva que muchos autores jurídicos simplemente renuncien a la justicia por su relación con la moral. En realidad hay temas tan profundamente cuestionadores que es mejor dejarlos de lado (no renunciar a ellos) para seguir con nuestra comprensible teoría del Derecho. A lo mejor el esfuerzo debe reducirse –lo que no me hace muy feliz– a una fórmula en función de la cual alguien determine qué le corresponde a cada quien. Ello encuentra sentido en las llamadas teorías distributivas. Tal ha sido el esfuerzo de Rawls en el sentido de elaborar una teoría de la justicia que se ocupe de cómo distribuir (en los que califican para ello) los bienes de una sociedad. El problema de ello –al menos reconocido en una sociedad capitalista y no reconocido en otra– es que los bienes no lleguen a una sociedad sin dueños: ellos son producidos como resultado de empresas, contratos, acuerdos que crean derechos de propiedad. No es posible distribuirlos sin violar, como hacemos en la Venezuela de hoy, esos derechos. Tampoco podemos distribuirlos sin quitárselos a los que los tienen, lo cual constituiría una injusticia.

En todo caso el Derecho debe ser preservado, a pesar de afectar nuestras vidas y estar sujeto a lo que Carlos Nino llamaba la superfluidad del mismo frente a la moral, ya que no hay una manera más eficiente de proteger la vida social. El tema no se reduce al simplismo de pensar que todos los derechos son naturales (lo cual no quiere decir que no existan) y la labor del legislador es descubrirlos (lo cual se podría identificar con una labor científica).

Probablemente ningún libro del siglo veinte haya llamado la atención de los filósofos y juristas como *La teoría de la justicia* de Rawls. En realidad el título parece ser demasiado amplio pero a la vez poco concreto de lo que nos va a decir de nuevo. En realidad su tema focal es la “justicia distributiva”. Ciertamente su esfuerzo –en una sociedad como la norteamericana– va orientado a hablarnos acerca de la distribución de bienes en la sociedad. Su trabajo va dirigido a cómo lograr una distribución justa de dichos bienes. En tal sentido habla de una distribución mejor o más justa e imparcial. Pero también en su idea de justicia están presentes bienes menos tangibles que el ingreso como son la libertad y el poder político. La gran habilidad de Rawls radica en tratar de mostrarnos una serie de principios cuyo contenido va a ser determinante a la hora de tomar decisiones que se rijan por esos principios de justicia distributiva. Evidentemente que el tema de distribución crea discusiones que vienen en muchos casos del terreno de la filosofía como fueron las críticas de Robert Nozick a Rawls con respecto a “justice-preserving transfer”.

Lo cierto es que Rawls con la grandeza intelectual que lo caracterizó fue capaz de responder a estas críticas y a otras muchas más provenientes de autores como: H.L.A. Hart, Joshua Cohen y Amartya Sen. Algunas de sus respuestas vienen en su obra *Justice as Fairness. A Restatement* (2001). En tal sentido señala:

En esta reformulación (restatement)... justicia como imparcialidad (fairness) es ahora presentada como una concepción política de la justicia. Para llevar adelante este cambio de cómo debe ser entendida la justicia como imparcial se requirió muchos otros cambios además de una “familia” de ideas adicionales que no se encontraban en la *Teoría de la justicia*, o al menos no con el mismo sentido o significación. Además la introducción de las ideas de una concepción política de la justicia en sí misma, necesitamos la idea de sobreponer consensus de comprensivo, o parcialmente comprensivo de doctrinas religiosas, filosóficas y morales con la idea de formular una concepción más realista de una sociedad bien ordenada, dado el hecho del pluralismo existente en esas doctrinas en una democracia liberal.

La filosofía (Kant, Bentham, Austin entre otros) se ha preguntado ¿qué es Derecho? Muchas de las respuestas se inclinan como Hart (que habló de regla de reconocimiento) por el concepto de regla. Pero cómo diferenciar ese concepto tan general de regla (puede ser social, moral, religiosa, etc.) de la legal más precisamente que le hace falta a una regla para que adquiera el estatus de legal. Scruton trata de dar algunas respuestas presentes en la filosofía:

1. Debe ser definitiva. Debemos saber qué cuenta obedeciéndola y qué no desobedeciéndola.
Un Derecho vago no es Derecho y si lo es, es muy injusto.
2. Debe ser anunciada o hecha público.
3. No debe ser retroactiva.
4. Debe pertenecer a un sistema legal que regule a la sociedad como un todo.

No viene al caso repetir aquí lo dicho por filósofos jurídicos como Lon Fuller para completar el recuento de requisitos anteriores. Probablemente baste señalar lo que Hart mencionó en *El concepto del Derecho* cuando se refirió a la “Patología de un sistema jurídico”: “La prueba de la existencia de un sistema jurídico tiene que extraerse por lo tanto, de dos diferentes sectores de la vida social”.

Hart se refería al sector oficial y al privado. Que tragedia es para una sociedad cuando el sector oficial (compuesto por una parte muy reducida de la sociedad) piensa que la delegación que tiene da poder para ser el único creador de Derecho sin consulta con los destinatarios de la ley. La discusión anterior parece tomar cuerpo con una pregunta que no muchas veces nos formulamos de forma expresa y que no puede requerir una sola respuesta. Puede haber algo de este tema en lo referente a la justicia con la revisión propuesta por Rawls a su *Teoría de la justicia*. Probablemente debamos tomar en cuenta las exigencias de la llamada “filosofía social” propuesta por Axel Honneth ampliando su rango de análisis; de cualquier forma la función del Derecho se relaciona en la filosofía con tres temas fundamentales: el lograr un estado determinado (*end state*); hacer la justicia y resolver conflictos sociales.

En Venezuela al igual que en otros sistemas socialistas se ha privilegiado a la primera función por sobre todas las demás. Que importa hacer justicia o resolver conflictos si establecemos –aun en contra de la

mayoría de la población— una sociedad socialista (comunista). El problema es que este razonamiento de medios-fines justifica desobedecer el Derecho cuando tal desobediencia es necesaria para lograr el fin y obedecerlo por la misma razón.

En términos de juego del lenguaje las reglas son establecidas y cambiadas aun durante el juego por un solo jugador lo que hace totalmente impredecible saber cuál va a ser el resultado. Siempre recuerdo un libro de Gregorio Robles Morchón que lleva por título “La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del Derecho” en el cual cuando analiza “juego limpio y juego sucio: engaños y trampas” señala:

En España tenemos la triste experiencia de que grupos terroristas se benefician del sistema democrático introduciendo sus “brazos políticos” en las instituciones. Hacen así un doble juego, de modo similar al jugador que maneja dos barajas. Este doble juego se concreta en una doble actividad; por una parte actúan violentamente contra el sistema, y por otra, participan en éste, con el consiguiente beneficio político y económico. Esta actitud expresa un considerable cinismo, cuya única respuesta debe ser sacar fuera a quién juega ese doble juego. En suma, el principio de libertad y el principio de lealtad constituyen los dos pilares básicos tanto para el juego como para que funcione medianamente bien una sociedad democrática.

El razonamiento del profesor Robles Morchón no necesita obligarnos a poner las piezas en el tablero. Es algo tan evidente que solo nos obliga a pensar en la democracia en términos de libertad y lealtad.

Posiblemente porque el tema de la democracia en Venezuela nos agobia debemos pensar en términos de cómo recuperarla y ello pasa por volver a nuestra base espiritual —como dice Maritain— que es la ley y el Derecho. Pero ¿son ellos suficientes? La pregunta no tiene una fácil respuesta pero lo grave sería jugar con “maquiavelismo” frente al que enfrentamos. Más cuando ya sabemos el fin perseguido. No puedo dejar de reflexionar en las últimas líneas de un libro de Maritain *Principios de una política humanista* (1969 edición en español) que comienza con un capítulo relativo a “la conquista de la libertad”. Las últimas líneas de la obra a la que hemos hecho referencia señalan:

El totalitarismo vive por el maquiavelismo, pero el maquiavelismo mata a la libertad. El único maquiavelismo de que es capaz cualquier democracia como tal, es el maquiavelismo atenuado y débil. Frente al maquiavelismo absoluto, los estados democráticos, herederos del Ancien Régime y de su vieja política maquiavélica, se encuentran, pues, en un punto crucial o continúan usando su débil maquiavelismo y serán destruidos desde afuera, o se decidieran a recurrir al maquiavelismo absoluto, que es el único posible dentro de la regla y el espíritu totalitario; y en este caso se destruirán a sí mismos desde dentro. Solo sobrevivirán y vencerán a su enemigo con la condición de que rompan con toda especie de maquiavelismo.

En realidad el rescate de la democracia exige la recomposición moral del país. Trabajo que comienza en la familia, sigue con la sociedad civil y termina con el Estado. Lo difícil es hacerlo al mismo tiempo. Sin ese trabajo titánico nunca adquiriremos –como dice Scruton– la concepción de valor y sin ella no podremos justificar nuestras elecciones no solo frente los demás sino también frente a nosotros mismos.

Vamos a ocuparnos ahora de esa dimensión humana que depende de nuestra condición de seres racionales y nos independiza –al menos de forma temporal– de lo social. Tal como diría un filósofo “los seres humanos obtienen confort no solo en comunidad sino también en soledad”. Sin embargo algunos de nuestros valores son sentidos con mayor intensidad en la soledad, y atesoran algo más porque sugieren que el mundo tiene un lugar para la personalidad.

Kant señalaba que hay “intereses de la razón” es decir intereses que tenemos solo en virtud de nuestra racionalidad y que no tienen bajo ningún concepto relación con nuestras necesidades, deseos y apetitos. Uno de esos intereses es la moralidad. La razón –según Kant– nos motiva a cumplir con nuestro deber y cualquier otro (empíricamente hablando) interés es descartado. El interés por hacer lo correcto no es un interés mío (de mi naturaleza empírica) sino más bien de la razón que tengo en mí. Los seres racionales son capaces de trascender el interés en el mundo sensible para ir más allá de lo que nuestras necesidades animales requieren satisfacer. Un ser racional obtiene placer con la mera vista de algo como un paisaje sublime, una obra de arte, una flor, etc.

Ese interés es desinteresado –para Kant– porque es interés por lo que las cosas son en sí o se muestran ante nosotros como aparentan que son.

Ese interés no podemos referirlo a nuestra naturaleza empírica, sino a la razón que trasciende nuestra naturaleza empírica, y busca en el mundo un sentido que es más profundo y completo que el efímero propósito de vida. Nos introducimos en un mundo como el estético en el cual el Derecho tiene que considerar que su función no es solo promover y proteger lo que para él luce empíricamente natural sino todo aquello que forme parte de la consideración integral del ser humano.

John Finnis en su *Ley natural y derechos naturales* nos habla sobre los valores universales. Uno de esos valores es la experiencia estética (además de la vida; el conocimiento; el juego; la amistad; la razonabilidad práctica y la religión). Pero su conclusión acerca de estos valores y otros que podamos añadir es capital:

Más importante que la descripción y el número preciso de estos valores es el sentido en que cada uno es básico. En primer lugar cada uno es una forma de bien igualmente evidente. En segundo lugar, ninguno puede ser reducido analíticamente a ser solo un aspecto de alguno de los otros, o a ser meramente instrumental en la búsqueda de cualquiera de los otros. En tercer lugar, cada uno, cuando nos concentramos en él, puede razonablemente ser considerado como el más importante. De ahí que no hay una jerarquía objetiva entre ellos.

Puede ser complicado explicar algunas de las cosas descritas anteriormente pero la vida diaria las ejemplifica en fórmulas fáciles de entender como las decisiones políticas de privar a la gente de algunos valores básicos como por ejemplo el juego y los estéticos para privilegiar lo que el gobierno de turno considera más esencial.

John Finnis en la obra que acabamos de mencionar usa el experimento propuesto por Robert Nozick en *Anarchy, State and Utopia* para señalarnos:

Haga usted el experimento mental hábilmente propuesto por Robert Nozick. Suponga usted que puede conectarse a una “máquina de experiencias” que, estimulando su cerebro mientras usted yace flotando en un estanque, le proporcionaría todas las experiencias

que usted eligiese, con toda la variedad que usted pudiera desear (si desea alguna): pero usted tiene que conectarse de por vida o no conectarse en absoluto. Al reflexionar no está claro, en primer lugar, que usted no elegiría toda una vida de “intensas emociones” o de “estremecimientos placenteros” u otras experiencias de ese tipo? Pero en segundo lugar, no está claro que uno no elegiría las experiencias de descubrir un teorema importante, o de ganar un juego emocionante, o de compartir una amistad gratificadora, o de leer o escribir una gran novela, o incluso de ver a Dios... ni combinación alguna de tales experiencias? El hecho, ¿no es verdad? Es que si uno fuera sensato no elegiría conectarse a la máquina de experiencias en absoluto porque, como concluye correctamente Nozick, uno quiere hacer ciertas cosas (no solo tener la experiencia de hacerlas); uno quiere ser un cierto tipo de persona, a través de la propia auto-determinación y autorrealización auténticas, libres; uno quiere vivir (en el sentido activo) uno mismo, construyendo un mundo real a través de esa búsqueda real de valores que inevitablemente implica construir la propia personalidad en y a través del propio compromiso libre con esos valores.

El repudio hacia lo que nos irrita es una característica del mundo de hoy. Desde ese punto de vista el Derecho moral ha sido objeto de una cacería especial. Tanto Nietzsche como Marx desarrollaron lo que el primero llamó “Genealogía de la moral”. Mediante la metodología señalada se explica la institución de la moral; como nace en la sociedad; que funciones cumple y por qué la gente es inducida a suscribirla. Pero todo ese esfuerzo se realiza con la única función de rechazar los llamados de ella.

Scruton sobre lo expuesto por Nietzsche (en el libro cuyo título coincide con la metodología señalada) indica:

¿Cuándo la explicación de una creencia la debilita? ¿Acaso la verdad de la “genealogía” marxista o nietzscheana en cualquier caso justifica el rechazo de las demandas morales? Es el mismo caso levantado acerca de la religión. Pero es, como he dicho, difícil de responder. Probablemente lo mejor que podemos decir es que no podemos creer que la moralidad ha sido minada, hasta que no tengamos la prueba frente a nosotros.

Unas páginas más adelante Scruton describe una situación presente para nosotros hoy en día en Venezuela. Reflexión de valor permanente en un país que debe reponer la idea moral si pretende empezar a transitar de nuevo una forma más justa de vivir para todos. Así señala el autor mencionado:

Vaciando al lenguaje de todo vestigio de idea moral, cambiamos la manera en que el mundo es percibido. Esas palabras claves alrededor de las cuales nuestras aspiraciones son percibidas –palabras como “libertad”; “verdad”; “derecho”; “democracia”; “paz”– o bien son descartadas del lenguaje, o usadas para significar simultáneamente dos cosas distintas, como por ejemplo la invocación de Robespierre del “despotismo de la libertad”, o el eslogan comunista de la “lucha por la paz”, o la descripción de Lenin de un gobierno totalitario como una “democracia centralista” ... Los términos son abstractos, burocráticos, casi sin ninguna referencia. Vocabulario, síntesis, lógica y estilo toman un nuevo propósito el cual no es otro que ni describir al mundo ni interpretarlo, sino privarlo de su sentido, de tal manera que los dictados del poder puedan ser inscritos sin resistencia en el resultado en blanco.

Lo que hemos estado acostumbrados a ver en todas las manifestaciones de los poderes controlados por el gobierno (ejecutivo) no es sino una fórmula perfectamente adecuada a lo ya descrito. Por ejemplo una “constituyente para la paz”. De alguna manera al vaciar al Derecho de su fundamento moral se logra destruir la necesidad de dar razones para actuar de tal o cual manera. Ello se evidencia en exposiciones de motivo de textos normativos en los cuales las palabras (prescindamos de su redacción) nos alejan de una realidad que aunque esquiva termina por imponer con contundencia sus resultados. Ante ello siempre habrá una explicación frente a lo sucedido que cada vez cree una menor parte de la población. El fallo en describir e interpretar el mundo siempre pasa su factura independientemente de dónde estemos sentados. Lo trágico del tema es que el engaño se vende con una promesa de sociedad libre de Derecho e instituciones. Históricamente nunca ha funcionado esa idea de liberarnos de todo. Las limitaciones propias de la vida social que podemos controlar y mejorar devienen gracias a un poder dictatorial en limitaciones incontrolables. La “voluntad general” de Rousseau; “el

pueblo” de Robespierre; “la comuna” de Marx; el “fascio” de los anarquistas italianos y el “grupo en fusión” de Sartre ofrecieron ese manejo espontáneo del grupo que terminó en la mayoría de los casos con una dictadura más.

Pero nada de lo que somos y de lo que podemos hacer tendría sentido si no fuéramos seres conscientes de nosotros mismos. Si no tuviéramos una concepción de nuestro propio lugar en el conjunto de las cosas. A veces cuando nos vemos en el espejo o quedamos solos en algún lugar nos preguntamos acerca de ese Yo coincidente con lo que somos. Ciertamente los juristas tratamos de establecer lo mejor que podemos concebir para tener una vida social mejor (una fórmula de expresarlo es lograr el bien común). En esa tarea nos encontramos frente a lo que el mundo es y frente a lo que nosotros somos. El Derecho en unos casos ha concebido nuestra realidad centrándose en el mundo, otras veces lo ha hecho pensando que controlamos nuestra realidad interior. Lo cierto es que las dos cosas están presentes y ello exige un análisis un poco más complicado. Redescubrir la mente como dice la obra clásica de John Searle obliga a pensar en la relación mente-cuerpo. A romper el análisis simplista –entre otras cosas– de pensar que conocemos el fenómeno mental de los demás observando sus conductas. Grave error para el Derecho ya que eso complica el entendimiento de la acción humana. El otro tema, por ejemplo, es no haber sido capaces de aproximarnos a una mejor explicación de las relaciones causales. Al llevarlas al Derecho caemos en un mar de contradicciones como las existentes a la hora de explicar la existencia de los fenómenos mentales de forma causal. Lo mismo pasa con la “intención” tal como lo formuló Anscombe.

Ciertamente en la discusión acerca de la dualidad hechos-valores que desarrollamos de alguna forma en nuestra obra acerca de Dworkin, Putnam y Hart nos preguntamos acerca de ese complejo que las ciencias sociales tienen frente a la física y la matemática. Siempre hemos pensado que en la ciencia lo objetivo está frente a lo subjetivo (es el corazón de la discusión entre hechos y valores). Pero de alguna manera la separación artificial entre objetivo y subjetivo parece –en mi opinión– relacionarse con las concepciones modernas de la racionalidad señaladas por Putnam que pretenden reducir la racionalidad a la ciencia. En *Los llamados “actos intencionales” en la consideración del filósofo*

de hoy menciono una frase de Searle que resume muchas de nuestras interrogantes sobre el tema:

No toda la realidad es objetiva; alguna parte de ella es subjetiva. Existe una persistente confusión entre la demanda de que debemos tratar tanto como podamos de eliminar prejuicios personales subjetivos para la búsqueda de la verdad y el reclamo de que el mundo real no contiene elementos que sean irreductiblemente subjetivos. Esa confusión, en su momento, se basó en una confusión entre el sentido epistemológico de la distinción objetivo-subjetivo y el sentido ontológico.

Podemos en el Derecho dejarnos reducir por un materialismo que pudiera pretender darnos una explicación que evite profundizar en aquello que lo material no explica. Pero como señala Searle siempre el materialismo será inconsistente con la realidad y la eficacia causal –si fuere el caso– de conciencia y subjetividad.

El Derecho pone sobre nuestras mentes una cantidad de problemas que lamentablemente no se resuelven positivizando todo lo positivizable. Tomando solo como ejemplo la justicia podemos señalar lo afirmado por Gregorio Robles Morchón en una obra ya citada en este trabajo:

Desde el marco de una teoría de la justicia, sin embargo, el problema sigue en pie: la teoría de la justicia no se conforma con un concepto-valor de persona “positivizado” sino que se plantea abiertamente qué es lo más justo en ese punto. Sus preguntas son: ¿Cuál debería ser el concepto de persona y su extensión en una sociedad en la cual se respeten los valores, y cuál debería ser la jerarquía de dichos valores?

Suponiendo que nosotros fuésemos un poder constituyente, y no simplemente una comisión nombrada a dedo con lo que esto implica, ¿cómo contestaríamos a esa interrogante?

En el presente trabajo hemos pretendido hacernos preguntas que la filosofía se hace y que pueden alcanzar al Derecho. La forma utilizada pretende dejar –con todo un propósito– temas de investigación que nos hemos planteado y que requieren respuesta de los filósofos del Derecho de hoy. Pretendo dar algunos puntos de vista propios, y de filósofos del

pasado y de hoy para esclarecer el camino a seguir. En el país actual, en el cual el pensamiento puede verse limitado de alguna manera por la urgencia de responder a temas apremiantes su necesidad no puede perderse de vista como la única forma de construir un futuro que al menos podamos entender mejor que el presente que vivimos. No sabemos cómo será el Derecho del mañana en nuestro país pero lo que sí intuimos es que va a requerir de nosotros un algo, compromiso con un proyecto espiritual e intelectual capaz de renovar nuestra vida social. En el caso del Derecho en Venezuela podríamos decir lo que el filósofo norteamericano Daniel Dennett caracterizó como “la mente como caos”. El caos presente puede resolverse asumiendo posiciones que nos comprometan con la mejor técnica posible y la mejor manera de que ella sea justificada ante la población, los valores fundamentales de la sociedad y el bien común. Después de la obscuridad viene la necesidad de resolver los enigmas. Lo anterior lo expresó William James en *The Will to Believe* (1896):

¿Qué piensas de ti mismo? ¿Qué piensas del mundo? Estas son preguntas que todas las personas deben hacerse porque es bueno para ellas. Son enigmas de la Esfinge, y de una manera u otra tenemos que enfrentarnos a ellos... en todas las transacciones importantes de la vida tenemos que dar un salto en el vacío. Si decidimos dejar los enigmas sin resolver, es una opción. Si vacilamos en dar una respuesta, también es una opción; pero cualquiera que sea la opción que tomemos, la tomamos por nuestra cuenta y riesgo. Si un hombre decide volver la espalda a Dios y al futuro, nadie puede impedirselo. Nadie puede demostrar sin que quede sombra de duda que está equivocado. Si un hombre piensa lo contrario y obra en consecuencia, no sé cómo puede nadie probar que está equivocado. Cada uno ha de obrar como mejor crea, y si está equivocado, peor para él. Estamos en un puerto de montaña en medio de una ventisca y de una espesa niebla, a través de las cuales vislumbramos de vez en cuando caminos que podrían ser engañosos. Si nos quedamos quietos, moriremos congelados. Si tomamos el camino equivocado, moriremos despeñados. No estamos seguros de que haya ninguno bueno ¿Qué tenemos que hacer? Ser fuertes y tener valor. Obrar lo mejor que podamos, esperar lo mejor y aceptar lo que venga... Si llega la muerte, no podemos tener mejor muerte.

El camino a seguir por la filosofía y el Derecho no es sencillo. Probablemente debamos mencionar lo que Kunh, citado por Richard Rorty, le recomendaba a sus alumnos: “Cuando leemos los trabajos de pensadores importantes, vean primero los aparentes absurdos del texto y pregúntense cómo una persona sensible pudo haber escrito eso. Cuando consigan la respuesta... cuando esos pasajes tengan sentido, entonces encontrarán que los pasajes más importantes, aquellos que previamente pensaron que habían entendido, cambiaron su sentido”.

VESTIGIOS DEL TRABAJO DEPENDIENTE A PROPÓSITO DEL ESCRUTINIO JUDICIAL DE UBER TECHNOLOGIES, INC. Y DYNAMEX OPERATIONS WEST, INC*. DR. CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA.**

SUMARIO

I. Introducción. II. Síntesis de criterios expuestos en el caso Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick (2015). III. Síntesis de criterios expuestos en el caso Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County (2018). IV. Metodologías aplicadas. V. Test de laboralidad en la jurisprudencia venezolana. VI. Corolario.

* Ensayo publicado en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 28, enero-junio 2019, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

** Profesor-investigador y Jefe del Departamento de Derecho Social en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre (Colombia). Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela). carballomena@gmail.com.

*The lady doth protest too much, methinks****

William SHAKESPEARE, *Hamlet*

I. INTRODUCCIÓN

Vestigio****

Del lat. *vestigium*.

1. m. huella.
2. m. Memoria o noticia de las acciones de los antiguos que se observa para la imitación y el ejemplo.
3. m. Ruina, señal o resto que queda de algo material o inmaterial.
4. m. Indicio por donde se infiere la verdad de algo o se sigue la averiguación de ello.

Las fronteras de la relación de trabajo son áreas de intensa y perpetua tensión. Bajo una perspectiva binaria, un milímetro de terreno puede significar la forzosa aplicación del régimen normativo concebido para proteger la integridad física, psíquica y moral del prestador de servicios o, por el contrario, la expulsión de sus confines y sujeción al imperio de la autonomía de la voluntad.

Extrañar una determinada modalidad de servicios personales del ámbito de la relación de trabajo libera al beneficiario de los costos asociados a la legislación del trabajo y seguridad social, y suprime –o, por lo menos, atenúa– el riesgo de interactuar con sujetos sindicales que defienden y promueven intereses de clase o categoría.

*** Cita inserta –con sorna– por un Tribunal Laboral de Londres, en juicio incoado por *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd.*, para aludir a la sobrea-bundante jerigonza de las sociedades accionadas describiendo el vínculo comercial trabado con los conductores (accionantes) y sus pasajeros (sentencia de 12 de octubre de 2016, *Case Nos 2202551/2015 & Others*).

**** Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=bhcwulT>.

La circunstancia apuntada opera como móvil tanto del encubrimiento de la relación de trabajo mediante simulación de vínculo de naturaleza disímil, como del tendencial descarte de dicha relación –por parte del contratante de los servicios– en el supuesto de interacciones objetivamente ambiguas o penumbrosas.

En este contexto, un estudio publicado en 2000 por el Departamento de Trabajo de los EE.UU., con base en la auditoría de empresas ubicadas en nueve estados, reveló que entre diez y treinta por ciento de los patronos yerran la clasificación de alguna porción de sus trabajadores al considerarlos como contratistas independientes¹. Atendiendo a este fenómeno, veintidós estados reformaron su legislación –entre 2004 y 2012– para rigidizar las condiciones de reconocimiento del estatus de contratista independiente, mejorar los mecanismos de aplicación de la normativa laboral, y/o robustecer las medidas sancionatorias en caso de incorrecta clasificación de trabajadores². Aun así, el Servicio de Rentas Internas de los EE.UU. manifestó, en informe de 14 de junio de 2013³, que millones de trabajadores siguen indebidamente calificados por sus patronos como contratistas independientes.

En el escenario apuntado se insertan dos recientes fallos emanados de altos tribunales de California (EE.UU.), donde se escruta la naturaleza jurídica de los servicios prestados por transportistas privados de personas (*Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick*⁴), y repartidores de paquetes y documentos (*Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*⁵), calificados convencionalmente como contratistas independientes.

Destaca en ambos casos que, a pesar de la calificación contractual y la aparente autonomía en cuanto a la forma de ejecución del servicio

¹ Deknatel, Anna y Hoff-Downing, Laurie, “ABC on the books and in the Courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statuses”, *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, vol. 18, p. 55. Recuperado de: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=jlasc>.

² *Ibidem*, pp. 55-60.

³ Treasury Inspector General for Tax Administration, “Employers Do Not Always Follow Internal Revenue Service Worker Determination Rulings”, 2013. Recuperado de: <http://www.treasury.gov/tigta/auditreports/2013reports/201330058fr.pdf>.

⁴ Sentencia de 16 de junio de 2015 (Caso CGC-15-546378), proferida por la Corte Superior del Condado de San Francisco (California, EE.UU.).

⁵ Sentencia de 30 de abril de 2018 (S222-732), dictada por la Corte Suprema de California.

y los medios a tal fin empleados, los órganos judiciales declararon la existencia de relaciones de trabajo atendiendo a *vestigios* tales como la inserción del prestador de servicios en la organización empresarial a cargo del contratante⁶, en cuya esfera –además– se implementaron eficaces métodos de control mediante plataformas tecnológicas.

Los aludidos criterios judiciales ofrecen una aproximación rasantemente, de un lado, al “trabajo a pedido mediante aplicaciones”⁷, y del otro, al –complejo– método tipológico implementado en EE.UU. para reconocer la existencia de relaciones de trabajo (test de control sobre la ejecución del trabajo, y sus variantes), cuya alternativa –más simple y cónsona con el propósito tutelar de la legislación laboral– encarna en el test ABC, caracterizado por la presunción de relación de trabajo entre el prestador del servicio y quien lo recibe, y la consecuente carga de éste de desvirtuarla mediante la prueba de tres rasgos concurrentes: ausencia de control y dirección sobre la ejecución del trabajo, independencia entre el trabajo ejecutado y la actividad habitual del contratante, y precedentes empresariales del prestador del servicio.

El apuntado modelo tipológico contrasta con la alternativa de subsumir el vínculo analizado en los presupuestos que el ordenamiento jurídico atribuya a la relación de trabajo⁸, esto es, comúnmente, carácter personal, productivo (o remunerado), y dependiente o subordinado⁹.

⁶ En términos análogos al indicador previsto en el párrafo 13.a de la Recomendación 198 sobre la relación de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (2006): “el hecho de que el trabajo [...] implica la integración del trabajador en la organización de la empresa”.

⁷ OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra, 2017, p. 39. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf.

⁸ La relación de trabajo alude al vínculo existente entre una persona natural, comúnmente denominada *trabajador*, y otra, natural o jurídica, típicamente calificada como *empleador* o *patrono*, a quien aquélla proporciona su esfuerzo personal bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración. OIT, *La relación de trabajo*, Ginebra, 2006, párrafo 5. Recuperado de: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>.

⁹ Otras expresiones análogas: dependencia permanente y dirección inmediata o delegada (Costa Rica); dependencia continuada y dirección inmediata o delegada (Guatemala); dependencia y dirección inmediata o delegada (República Dominicana); bajo la dirección y autoridad del empleador (Portugal, Benín, Burkina Faso, Congo, Gabón, Níger y Ruanda); bajo la dirección y supervisión del empleador (Finlandia); bajo la dirección o supervisión del empleador (Bahréin y Qatar); bajo la dirección y control del empleador (Túnez); bajo la dirección del empleador (Marruecos); bajo *órdenes* del empleador (Angola y Botsuana); y de

En este caso, el juzgador a partir de presupuestos normativos abstractos deduce la naturaleza laboral de la interacción bajo examen.

A este respecto, cabe reseñar—por su carácter excepcional en la esfera latinoamericana— que en el sistema venezolano de justicia laboral, si bien es la subsunción la técnica que corresponde aplicar para declarar la existencia de la relación de trabajo, jurisprudencialmente se ha impuesto recurrir a un test tipológico —análogo al observado por los tribunales de los EE.UU.— en casos complejos u objetivamente ambiguos. Ciertas falencias metodológicas¹⁰ recomiendan revisar el contenido, alcance y ponderación del referido test de laboralidad, y de allí la conexión con el estudio de las sentencias abordadas en el presente ensayo.

En el contexto descrito, los próximos párrafos tendrán por objeto:

- Exponer una síntesis de los vestigios de subordinación o dependencia contenidos en las sentencias dictadas en los casos *Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick (2015)*¹¹, y *Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County* (2018);
- Destacar los rasgos fundamentales de la metodología tipológica aplicada para discernir, en los casos antes referidos, la naturaleza jurídica de las modalidades de prestación personal de servicios: test de control y test ABC; y
- Contrastar dicha metodología con el test de laboralidad, confeccionado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela) en sentencia 489 de 13 de agosto de 2002, aplicado pacífica y diuturnamente desde entonces.

acuerdo con las instrucciones y bajo el control del empleador (Eslovenia). OIT, *La relación de trabajo*, op.cit., p. 20.

¹⁰ Carballo Mena, César Augusto, *Relación de trabajo: la técnica del test de laboralidad*, Caracas, UCAB, 2016, pp. 160-166.

¹¹ También se alude en el presente ensayo, entre otras, a las sentencias de 11 de marzo de 2015 (No. C-13-3826), emanada de la Corte de Distrito; N.D. (California, EE.UU.), en juicio incoado por *Douglas O'Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.*; de 12 de octubre de 2016 (*Case Nos 2202551/2015 & Others*), dictada por Tribunal Laboral de Londres - Subregión Central (Reino Unido), en juicio incoado por *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd.*; y de 13 de febrero de 2017 (*Processo Nº 0011359-34.2016.5.03.0112*), proferida por el Juzgado 33^{ro} del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), en juicio incoado por *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnologia Ltda.*

II. SÍNTESIS DE CRITERIOS EXPUESTOS EN EL CASO UBER TECHNOLOGIES, INC. Y RASIER CA-LLC V. BARBARA BERWICK (2015)

1. Rasgos relevantes de la interacción analizada:

Rasier CA-LLC (Rasier) tiene por objeto comercial la provisión de una aplicación tecnológica para teléfonos móviles –desarrollada por Uber Technologies, Inc. (Uber)– que permite conectar al público en general con los –denominados convencionalmente– proveedores independientes de servicios de transporte (proveedores) incorporados al sistema¹². Si algún proveedor careciese de teléfono móvil compatible con dicha aplicación, el mismo sería provisto por Raiser-Uber, previo depósito en garantía¹³.

Los proveedores pueden aceptar, rechazar o escoger entre los diversos requerimientos que reciban mediante la referida plataforma tecnológica.

En ningún caso los proveedores pueden prestar servicios por interpuesta persona sin la previa autorización de Raiser-Uber, toda vez que el contrato reviste carácter *intuitio personae*¹⁴.

El vehículo para la prestación de los servicios de transporte debe ser aportado por el proveedor y aprobado por Raiser-Uber, atendiendo

¹² Modelo análogo desarrolla la sociedad española *Cabify*, con operaciones también en Portugal y América Latina: “Cabify actúa en calidad de intermediario en nombre propio en la prestación de servicios de transporte al Usuario. Será responsabilidad exclusiva de los terceros transportistas o conductores la prestación de los servicios de transporte que sean contratados a través de la Aplicación y el Servicio desarrollado por Cabify. Cabify únicamente pone a disposición del Usuario una herramienta para reservar los servicios de transportes prestados por terceros transportistas. El Usuario exonera a Cabify de cualquier responsabilidad derivada del servicio de transporte prestado por los terceros transportistas...”. Recuperado de: <https://cabify.com/ecuador/terms>.

¹³ En sentencia del caso *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd.* (2016) se señala, en el mismo sentido, que los conductores que poseen *smartphones* gozan de libre acceso a la aplicación tecnológica; mientras que aquellos que no, pueden rentarlos a Uber a cambio del pago de una tarifa mensual equivalente a 5 libras esterlinas (párr. 46).

¹⁴ En la sentencia dictada en el caso *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnologia Ltda.* (2017), se destacó el carácter infungible o *intuitio personae* del prestador de servicios.

a condiciones tales como antigüedad inferior a diez años y adecuado funcionamiento¹⁵. En ningún caso Raiser-Uber reembolsa gastos relativos al funcionamiento de tales vehículos.

El proveedor, además de portar licencia de conducir y registrarse –como transportista privado– ante la Comisión de Servicios Públicos de California, debe contratar póliza de seguro por daños a terceros con cobertura de, por lo menos, un millón de dólares americanos (US\$ 1.000.000,00).

El usuario del servicio de transporte paga el importe correspondiente a Raiser-Uber y dichas sociedades, una vez apropiada la cuota que les corresponde percibir como contraprestación por la plataforma tecnológica facilitada, transfieren el resto al respectivo proveedor, según tarifa y cronograma de pago previamente acordados.

No consta –contractualmente– que Raiser-Uber ejerza control sobre las horas trabajadas por el proveedor, ni que éste deba garantizar un número mínimo de servicios de transporte. Sin embargo, la aplicación facilitada por Raiser-Uber expira automáticamente si transcurriesen ciento ochenta días sin que el proveedor preste servicios de transporte¹⁶.

Raiser-Uber advierte a usuarios y proveedores que resulta improcedente el pago de propinas¹⁷.

Por último, Raiser-Uber aplica procesos de control de calidad a proveedores y usuarios del servicio¹⁸.

¹⁵ En la sentencia dictada en el caso *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd.* (2016) se menciona además la preferencia por vehículos de color negro o plateado (párr. 44).

¹⁶ En este supuesto, el proveedor independiente de servicios de transporte podría tramitar la reactivación de la aplicación ofrecida por Raiser-Uber.

¹⁷ Esta misma circunstancia aparece referida (párr. 22) en la sentencia del caso *Y. Aslam y J. Farrar v. Uber B.V., Uber London Ltd., y Uber Britannia Ltd.* (2016). En la sentencia dictada en el caso *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnología Ltda.* (2017) se destacó, además, la prohibición a los conductores de entregar tarjetas personales a los usuarios del servicio.

¹⁸ “Ambas partes son alentadas a calificar a la otra con *estrellas*, siendo una (1) sinónimo de mala experiencia y cinco (5) equivalente a la mejor experiencia concebible. Un proveedor de servicios de transporte debe mantener un promedio de, por lo menos, 4,6 *estrellas*. Si el promedio se redujese las demandantes suspenderían la aplicación, tanto respecto del proveedor de servicios de transporte como del usuario” (pp. 5 y 6).

2. Motivaciones para decidir:

La controversia se circunscribe a determinar si la relación jurídica trabada entre las partes revistió naturaleza laboral o mercantil. A tal fin corresponde aplicar el test de control, es decir, el catálogo de indicadores estimados relevantes por la Corte Suprema de California (EE.UU.) en el caso *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (1989): a) si el prestador de servicios está involucrado en una ocupación o negocio distinto del contratante o pretendido patrono; b) si el trabajo ejecutado es parte del negocio regular del contratante o pretendido patrono; c) si el contratante o el prestador del servicio proveen instrumentos, herramientas y/o facilidades locativas requeridos para realizar el trabajo; d) si el pretendido trabajador invierte en equipos o materiales requeridos para su tarea, o en la contratación de ayudantes; e) si el servicio prestado requiere alguna habilidad especial; f) si, en la localidad, el trabajo generalmente se realiza bajo la dirección del contratante o, en su defecto, por un especialista sin supervisión (tipo de ocupación); g) si el pretendido trabajador afronta la posibilidad de obtener ganancias o sufrir pérdidas dependiendo de su habilidad gerencial; h) duración del trabajo ejecutado; i) grado de estabilidad del vínculo; j) método de pago, ya sea por unidad tiempo o por unidad de obra; y k) si las partes estiman –o no– estar vinculadas por una relación de trabajo¹⁹.

Como precedente relevante se destaca la decisión dictada en *Yellow Cab Cooperative v. Workers Compensation Appeals Board* (1991), en cuyo ámbito se determinó la existencia de una relación de trabajo considerando que el contratante detentó pleno control sobre la totalidad de la operación, la actividad del prestador de servicios formó parte indisociable de dicha operación, y la naturaleza del servicio hizo innecesario mantener control estricto sobre su modo de ejecución²⁰.

En el caso concreto sometido a resolución judicial se observa que las demandadas, a los fines de captar clientes y proveerles conductores

¹⁹ Lo cual puede resultar pertinente, aunque en ningún caso determinante, puesto que la existencia de una relación de trabajo refiere a una cuestión legal basada en pruebas objetivas.

²⁰ En este mismo sentido, se destaca que en *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (1989) se asentó lo siguiente: “El mínimo grado de control que el empleador ejerció sobre los detalles del trabajo no fue considerado relevante porque el trabajo no requería un alto grado de destreza y formaba parte integrante del negocio desarrollado por aquél”.

privados, aglutinan todo el control necesario sobre la operación globalmente considerada²¹. En este sentido, la parte que pretenda evitar responsabilidades habría de soportar la carga de probar que las personas de cuyos servicios ha dispuesto son contratistas independientes en lugar de trabajadores (bajo su dependencia)²².

En consecuencia, procede la declaratoria de existencia de relación de trabajo cuando el servicio prestado forme parte integrante del negocio regular del beneficiario²³:

El trabajo ejecutado por la demandante se inserta en el negocio de las demandadas. Las demandadas desarrollan el negocio de provisión de servicios de transporte a los pasajeros. La demandante prestó servicios de transporte a dichos pasajeros. Sin conductores, tales como la demandante, el negocio de las demandadas no existiría (p. 8).

Las demandadas se asumen como simples proveedoras de una plataforma tecnológica diseñada exclusivamente para facilitar, en el ámbito del negocio de transporte privado, la conexión entre conductores y

²¹ En sentido análogo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 20 de diciembre de 2017 (caso C-434/15), concluyó que “el servicio de intermediación de *Uber* [*Systems Spain, S.L.*] se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por el otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, *Uber* ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores [...] Por consiguiente, debe considerarse que *este servicio de intermediación forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte...*” (cursivas mías).

En el mismo orden de ideas, en la sentencia correspondiente al caso *Douglas O'Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.* (2015) se destacó –demoledoramente– lo siguiente: *Uber* diseñó un método de *software* para conectar a los conductores con los pasajeros, pero ello configura simplemente una herramienta utilizada en el contexto de su negocio principal. *Uber* no solo vende *software*, vende traslados. *Uber* no es una *compañía de tecnología* así como no lo son, por ejemplo, *Yellow Cab* solo porque use radios CB para despachar taxis, *John Deere* porque use computadoras y robots para fabricar cortacéspedes, o *Domino Sugar* porque use modernas técnicas de riego para cultivar su caña de azúcar.

²² El Código de Trabajo de California, secciones 2750.5 y 3357, consagra la presunción del carácter laboral de toda prestación personal de servicios.

²³ *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (1989).

pasajeros. La realidad, no obstante, es que éstas aparecen involucradas en todos los aspectos de la referida operación:

- Aprueban a los conductores que aspiran incorporarse al negocio (y al personal que éstos eventualmente contraten), quienes deben suministrar información sobre antecedentes personales, registro en el Departamento de Vehículos Automotores (California), cuenta bancaria, residencia, y número de seguridad social;
- Las demandadas controlan tanto el instrumento fundamental de trabajo (el vehículo debe ser previamente registrado, funcionar adecuadamente y acumular una antigüedad que no exceda de diez años²⁴), como el desempeño del conductor (mediante un índice de aprobación por parte de los usuarios, de cuyo resultado se hace depender la continuidad del vínculo contractual²⁵⁻²⁶);
- Los pasajeros pagan a las demandadas la tarifa establecida por el traslado, y éstas, a su vez, transfieren a los conductores el importe –no negociable– por el servicio prestado²⁷;
- Las demandadas desalientan la aceptación de propinas por parte de los conductores, de conformidad con su estrategia publicitaria y de mercadeo;

²⁴ En la sentencia comentada se destaca: aunque las demandadas, en lo referente al control sobre los vehículos utilizados por la demandante, arguyeron haber aplicado los niveles de calidad imperantes en la industria (*industry standards*), no queda claro a que otra industria, distinta a la del servicio de taxis, podrían referirse.

²⁵ Si el conductor obtiene un índice de aprobación de desempeño inferior a 4.6 *estrellas*, queda suspendido su acceso a la aplicación tecnológica.

²⁶ En la sentencia correspondiente al caso *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnologia Ltda.* (2017), se destacan, como manifestaciones de control sobre la ejecución del trabajo, la existencia de un “código de conducta” y la aplicación de “evaluaciones en forma de notas y de las quejas de los consumidores del servicio”. “Al fin y al cabo, ya no es necesario el control dentro de la fábrica, tampoco el sometimiento a agentes específicos o a una jornada rígida. Es mucho más eficaz y represor el control difuso, realizado por todos y por nadie. En este nuevo paradigma, los controladores, ahora, están esparcidos por la multitud de usuarios y, a la vez, se esconden en algoritmos que definen si el conductor debe o no ser sancionado, debe o no ser excluido”.

²⁷ Si el pasajero cancela el viaje cuando el conductor ya ha arribado al sitio donde debe recogerlo, las demandadas pueden negociar con el pasajero el pago por el servicio. En todo caso, el conductor no tiene asegurado dicho pago y está excluido de la negociación con el pasajero.

- Los únicos activos de la demandante son su trabajo personal –el cual no involucra habilidades gerenciales que afecten sus ganancias o pérdidas– y su vehículo. Más allá del vehículo, la demandante carece de inversiones en el negocio; y
- Las demandadas proveen la aplicación para *iPhone*, esencial para la ejecución del trabajo.

En conclusión, con base en los argumentos expuestos en los párrafos precedentes se declara que la demandante ostentó el estatus de trabajadora al servicio de Raiser-Uber.

III. SÍNTESIS DE CRITERIOS EXPUESTOS EN EL CASO DYNAMEX OPERATIONS WEST, INC. V. THE SUPERIOR COURT OF LOS ANGELES COUNTY (2018)

1. Rasgos relevantes de la interacción analizada:

Dynamex Operations West, Inc. (Dynamex) es una compañía de mensajería y reparto de paquetes que opera a nivel nacional. Dicha sociedad, en 2004, reconvirtió a sus conductores, reconocidos hasta entonces como trabajadores, en contratistas independientes. Bajo esta nueva política, los conductores proporcionan su propio vehículo y soportan plenamente los gastos causados por transporte (gasolina, peajes, mantenimiento del vehículo, póliza de seguro de responsabilidad, etc.), impuestos, y póliza de seguro por compensaciones laborales.

Dynamex capta sus propios clientes y establece unilateralmente las tarifas por el servicio de mensajería y reparto. También negocia la retribución que se pagará a los conductores de forma individual. Los conductores asignados a una flota o ruta programada por Dynamex cobran una tarifa plana o una cantidad basada en un porcentaje de la cuota de entrega que Dynamex recibe del cliente.

Los conductores están en libertad de fijar su propio horario pero deben notificar a Dynamex los días en que estarán disponibles para prestarle servicios. Asimismo, pueden rechazar las entregas que le sean asignadas, siempre que lo adviertan oportunamente a Dynamex a los fines de que ésta pueda sustituirlos.

Los conductores que prestan servicios por requerimiento están obligados a obtener y pagar la renta de un teléfono celular de *Nextel*, a través del cual mantengan contacto con Dynamex. A tales conductores se les asignan servicios a discreción de Dynamex, sin garantía de número o condiciones específicas.

Los conductores deben usar –soportando los costos respectivos– insignias y camisas de Dynamex y, eventualmente, fijar en sus vehículos calcomanías de Dynamex y/o del respectivo cliente.

En ausencia de convenio entre Dynamex y el cliente, los conductores son generalmente libres de fijar su propia secuencia y ruta de entrega, siempre que completen la totalidad de las asignaciones diarias.

Los conductores no prestan servicios para Dynamex en condiciones de exclusividad y pueden, además, contratar otras personas para hacer las entregas asignadas por dicha sociedad mercantil.

Por fin, los conductores son normalmente contratados por tiempo indefinido, aunque Dynamex se reserva la facultad de rescindir sin justa causa el contrato mediante aviso conferido con tres días de antelación.

2. Precedentes judiciales:

2.1. Test de control (a la luz del derecho común):

El criterio fundamental para declarar la existencia de una relación de trabajo, desde la perspectiva del derecho común y con el objeto de establecer la responsabilidad del dueño por hecho del sirviente, consistió en determinar si la persona a quien se presta el servicio personal ejerce el control sobre la forma y medios de alcanzar el resultado deseado²⁸.

Adicionalmente, los tribunales incorporaron una serie de factores secundarios estimados relevantes para delimitar entre trabajadores (dependientes) y contratistas independientes: a) derecho del contratante a extinguir unilateralmente y sin causa el vínculo jurídico; b) identidad entre la ocupación o negocio del prestador del servicio y del contratante; c) tipo de ocupación, con referencia a si en la localidad el trabajo se

²⁸ Por ejemplo: *Tieberg v. Unemployment Ins. App. Bd.* (1970); *Isenberg v. California Emp. Stab. Com.* (1947); *Perguica v. Ind. Acc. Com.* (1947); y *Empire Star Mines Co. v. Cal. Emp. Com.* (1946).

realiza bajo la dirección del contratante o de un especialista sin supervisión; d) habilidades o destrezas necesarias para desempeñar la respectiva ocupación; e) suministro de instrumentos, herramientas y facilidades locativas; f) duración del trabajo que debe ejecutarse; g) método de remuneración, es decir, por unidad de tiempo o por unidad de obra; h) si el trabajo es parte de la actividad regular del beneficiario; e i) si las partes creen estar vinculadas por una relación de trabajo²⁹.

2.2. Test para la delimitación entre trabajadores y contratistas independientes (S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations, 1989):

Se analizó el caso del servicio de cosecha de hortalizas, ejecutado sin control directo del beneficiario, con retribución según el resultado, y contractualmente al margen de una relación de trabajo.

A los fines de la aplicación del test de control, destacó que los factores que lo componen no pueden ser aplicados “mecánicamente” como si fuesen evaluaciones independientes. Por el contrario, dichos factores se encuentran entrelazados y su peso depende a menudo de específicas combinaciones³⁰.

Destaca la trascendencia de la finalidad tuitiva de la legislación sobre compensaciones por lesiones de origen laboral y su influjo sobre el mecanismo de delimitación entre trabajadores y contratistas independientes: “La naturaleza del trabajo y el acuerdo global entre las partes debe ser examinado para determinar si encajan en la tradición y propósitos fundamentales de la legislación” (p. 26).

Refiere al Código de Trabajo de California, cuya sección 2750.5 prevé la presunción del carácter laboral de toda prestación de servicios, susceptible de enervación mediante la prueba concurrente de los siguientes extremos: a) Que el individuo tiene el derecho a controlar y

²⁹ En aplicación de dichos criterios, la Corte Suprema de California declaró *trabajadores* a guionistas de televisión (*Tieberg v. Unemployment Ins. App. Bd.*, 1970) y jinetes de caballos de carrera (*Isenberg v. California Emp. Stab. Com.*, 1947), y *contratistas independientes* a quien ejecutó, en beneficio de un granjero, trabajos de revestimiento exterior de un nuevo inmueble (*Perguica v. Ind. Acc. Com.*, 1947) y al arrendatario de una mina (*Empire Star Mines Co. v. Cal. Emp. Com.*, 1946).

³⁰ Refleja el carácter indiciario de los múltiples factores integrantes del test.

discernir el modo de ejecutar el contrato de servicios en el que el resultado de la obra y no el medio por el que se logra es el factor principal de lo convenido; b) Que el individuo habitualmente se dedica a un negocio establecido independientemente; y c) Que el estatus de contratista independiente es *bona fide* y no un subterfugio para evitar la condición de trabajador (dependiente).

Advierte sobre el test de seis factores (sobre realidad económica) que en otras jurisdicciones se aplica para determinar el estatus de contratista independiente a la luz de los objetivos compensatorios de la legislación: a) control detallado del servicio; b) oportunidad del presunto trabajador para obtener ganancias o sufrir pérdidas dependiendo de su habilidad gerencial; c) inversión del presunto trabajador en equipos o materiales necesarios para ejecutar su tarea, o en la contratación de ayudantes; d) si el servicio requiere una habilidad especial; e) el grado de estabilidad del vínculo analizado; y f) si los servicios prestados constituyen una parte integral del negocio del patrono presunto.

Declara que, para determinar si el prestador de servicios debe clasificarse como trabajador o contratista independiente, atendiendo al propósito y alcance de la legislación protectora, resulta admisible considerar los factores referidos anteriormente por los tribunales de California (test de control), la presunción de laboralidad prevista en la sección 2750.5 del Código de Trabajo, y el test de seis factores acogido por órganos judiciales de otros estados.

Concluye –en el caso concreto– que los demandantes deben ser considerados trabajadores a la luz de cualquiera de los criterios expuestos, toda vez que el agricultor accionado controla íntegramente las operaciones: adquisición de semillas, siembra, provisión y aplicación de fertilizantes, fumigación contra insectos, oportunidad de cosechar, suministro de empaques, distribución, y fijación del precio de venta. En este ámbito, el trabajo manual ejecutado por los demandantes, aunque arduo y metódico, no requiere particulares destrezas, hasta el grado de que solo puede ejecutarse correctamente de una única manera, razón por la cual la supervisión y disciplina directas sobre los trabajadores resultan innecesarias. Asimismo, los demandantes solo aportan su trabajo personal y carecen de oportunidades gerenciales que influyan sobre sus

eventuales ganancias o pérdidas económicas. Por último, resulta imperativo desechar la previsión contractual que niega la condición de trabajadores de los prestadores de servicios, en atención al carácter de orden público que exhibe la normativa sobre compensaciones por lesiones laborales y la inexistencia de datos fácticos que avalen dicha declaración.

2.3. Nociones de *emplear* y *empleador* (*Martinez v. Comb*, 2010):

Según la sección 1194 del mandato 14-2000 sobre remuneración, horas y condiciones de trabajo en la agricultura, emanado de la Comisión de Bienestar Industrial (*Industrial Welfare Commission*) de California, *emplear* (*employ*) supone contratar (trabar relación de trabajo), tolerar o permitir trabajo en beneficio propio³¹; y *empleador* (*employer*) alude a quien emplea o ejerce control sobre las remuneraciones, horas o condiciones de trabajo de otra persona.

En definitiva y descomponiendo los conceptos antes transcritos, emplear a una persona bajo régimen laboral abarca tres nociones *alternativas*: a) ejercer control sobre remuneraciones, horas o condiciones de trabajo; o b) tolerar o permitir trabajo en beneficio propio; o c) trabar relación de trabajo según los criterios imperantes en el derecho común.

3. Motivaciones para decidir:

A los fines de diferenciar entre trabajadores y contratistas independientes, en la esfera de la normativa sobre compensaciones laborales, conviene aplicar el criterio –de mayor latitud– de *tolerar o permitir el trabajo en beneficio propio*, el cual entraña, a la luz de su tradición y objetivo³², la presunción de la existencia de la relación de

³¹ En términos análogos a la Ley [Federal] de Estándares de Trabajo Justo (*Fair Labor Standards Act*), sección 203.g.

³² El criterio original se asocia a la normativa prohibitiva del trabajo infantil adoptada en los EE.UU. entre 1904 y 1912, destacando la responsabilidad del dueño que *permite* el trabajo de niños en el ámbito de la actividad o empresa a su cargo, aun cuando pudiese refutar -bajo los criterios del derecho común- la existencia de una relación de trabajo (*Martinez v. Comb*, 2010). En este sentido, la *Keating-Owen Child Labor Act* (1916) previó: “...no producer, manufacturer, or dealer shall ship or deliver for shipment in interstate or foreign commerce, any article or commodity the product of any mine or quarry situated in the United States, in which within thirty days prior to the time of the removal of such product therefrom children under the age of sixteen years have been employed or **permitted to work**...” (negrillas mías).

trabajo³³ y, por tanto, la carga del contratante de desvirtuarla mediante la *concurrencia* de los siguientes indicadores (test ABC)³⁴:

- El prestador de servicios está libre –contractual y fácticamente– del control y dirección del contratante sobre el desempeño de su trabajo.

Como se destacó en *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (1989), más que el control sobre la forma y medios de ejecución del servicio, refiere a la conservación del control necesario sobre la operación, es decir, al que se sometería, en el contexto específico, a trabajadores dependientes.

- El prestador de servicio ejecuta un trabajo que está fuera del curso habitual del negocio del contratante.

Como se advirtió en *Martinez v. Comb* (2010), el objetivo es reconocer estatus de trabajador a quien preste servicios personales en el ámbito de la actividad productiva ordinaria o negocio del contratante, ejerciendo un rol más propio de un trabajador (dependiente) que de un típico contratista independiente.

Con el ánimo de ilustrar el alcance del criterio expuesto se ofrecen ejemplos contrastantes: si en una compañía de ventas al detal se contrata a un plomero para reparar una fuga en un baño ubicado en sus instalaciones o con un electricista externo para instalar una nueva línea eléctrica, tales servicios no forman parte del curso habitual del negocio del contratante y, por tanto, no podrá considerarse que éste haya tolerado o permitido que el plomero o el electricista presten servicios como trabajadores; en cambio, si una compañía fabricante de ropa contrata costureras –que trabajan en casa– para confeccionar vestidos

³³ El artículo 2, sección 3357 del Código de Trabajo de California consagra la presunción del carácter laboral de toda prestación personal de servicios: “toda persona que preste servicios para otra, en tanto no sea contratistas independiente, o fuese expresamente excluida por el presente instrumento, se presume trabajadora”.

³⁴ Aunque se señala que el test ABC fue diseñado en 1935 en el Edo. de Maine, fue solo a partir de 2004, con la reforma normativa introducida en Massachusetts, que se extendió su aplicación, aunque con múltiples variaciones y generalmente circunscrito a ciertos fines (impuestos, horarios y remuneraciones, indemnizaciones laborales, o seguro de desempleo) o industrias. Deknatel, Anna y Hoff-Downing, Laurie, *op. cit.*, pp. 65 y ss. Ver, por ejemplo, *New York’s Construction Industry Fair Play Act*.

a partir de telas y patrones suministrados por dicha compañía y que ésta luego vende a sus clientes, o cuando una panadería contrata decoradores de pasteles para trabajar regularmente en el diseño personalizado de sus pasteles, dichos servicios forman parte de la operación habitual del negocio de la contratante y, por tanto, se asume que ésta toleró o permitió que tales servicios fuesen prestados como si se tratase de trabajadores.

- El prestador del servicio está habitualmente involucrado en la ejecución independiente de una actividad comercial, ocupación o negocio de la misma naturaleza que el trabajo realizado en beneficio del contratante; lo cual supone que, de manera independiente, el prestador de servicios decidió emprender un negocio propio, cumpliendo con las formalidades y ejecutando los actos que resultasen pertinentes, tales como licencias, publicidad, ofertas de servicio al público en general o a ciertos clientes potenciales, sede, etc.

En suma, atendiendo al criterio de *tolerar o aceptar trabajo en beneficio propio* se declarará la existencia de la relación de trabajo, a fines de la normativa sobre compensaciones laborales, a menos que el sujeto contratante pruebe los tres extremos del test ABC, es decir, que el prestador del servicio carece, contractual y fácticamente, de control y dirección sobre el desempeño de su trabajo; que el trabajo está fuera del curso normal del negocio del contratante; y que el prestador del servicio se dedica habitualmente a ejecutar, de modo independiente, una actividad, ocupación o negocio de naturaleza análoga al servicio analizado.

El criterio de *tolerar o aceptar trabajo en beneficio propio*, en los términos antes expuestos, resulta, de un lado, más cónsono con la tradición y objetivo fundamental de la normativa sobre compensaciones laborales, y del otro, más claro, consistente y refractario a manipulaciones –contrarias a los intereses de los trabajadores³⁵, los competidores de buena fe³⁶, y el público en general³⁷– que los tests o criterios que

³⁵ Excluidos arbitrariamente del ámbito personal de aplicación de la normativa protectoria.

³⁶ Afectados por los competidores desleales que abaratan costos mediante la inobservancia de la legislación protectoria e impositiva en materia laboral.

³⁷ Que debe soportar, a través del pago de impuestos, costos de seguridad y salud que solo atañen a los respectivos patronos.

imponen la aplicación, análisis y sopeso, caso por caso, de múltiples y disímiles factores³⁸.

Aplicado el criterio de *tolerar o aceptar trabajo en beneficio propio* al caso concreto, se observa que resulta imposible para la accionada probar el segundo indicador del test ABC, toda vez que existe plena identidad entre la actividad ejecutada por los demandantes y el objeto del negocio de Dynamex, es decir, los servicios de mensajería y reparto. En este sentido, Dynamex capta la clientela para los servicios de mensajería y reparto, estipula las tarifas, notifica a los conductores donde recoger y entregar los paquetes, hace seguimiento a los paquetes, e impone a los conductores la utilización de su sistema de seguimiento y registro permanente.

Tampoco le resulta posible a Dynamex probar el tercer indicador del test ABC, siendo que los conductores fueron reconocidos como trabajadores hasta 2004 y, a partir de entonces, bajo un nuevo esquema de negocio, calificados como contratistas independientes, aunque continuaron prestando servicios en beneficio exclusivo de la demandada y sin contratar para ello a trabajadores bajo su dependencia.

Por las razones expuestas se reconoce la condición de trabajadores de los demandantes, a los fines de la normativa sobre compensaciones laborales.

IV. METODOLOGÍAS APLICADAS

En primer término, cabe referir al test de control como método tipológico aplicado por los tribunales de EE.UU. para, en su origen, determinar la responsabilidad –vicarial– del dueño o principal por los daños derivados de la conducta del sirviente o dependiente. Dicha

³⁸ En este sentido, la Comisión sobre el Futuro de las Relaciones entre Trabajadores y Empleados (1996) recomendó simplificar y uniformar la definición de *trabajador* a los fines de las diversas leyes laborales para reducir la confusión y frenar el abuso en la clasificación como contratistas independientes de quienes, en realidad, deben considerarse trabajadores (dependientes). Dicha Comisión recomendó que el test uniforme –de reconocimiento de trabajadores (dependientes)– estuviese fundamente en un concepto más restrictivo de la *realidad económica*. Houseman, Susan, *A Report on Temporary Help, On-Call, Direct-Hire Temporary, Leased, Contract Company, and Independent Contractor Employment in the United States*, 1999. Recuperado de: https://www.dol.gov/oasam/programs/history/herman/reports/futurework/conference/staffing/9.1_contractors.htm.

metodología se traduce –a falta de norma jurídica que defina los presupuestos de la relación de trabajo– en un catálogo de rasgos prototípicos de dicho vínculo –o, desde una perspectiva binaria, del vínculo trabado con contratista independiente–, susceptibles de verificarse fácticamente en el caso concreto sometido a escrutinio del juzgador.

Aplicados los rasgos prototípicos o indicadores abstractos al caso concreto, podrá el juzgador, debidamente sopesados los resultados aprehendidos, declarar indiciariamente la naturaleza jurídica de la interacción analizada.

En este sentido, se asume como indicador básico de la relación de trabajo la supervisión y control sobre los detalles –modo de ejecución y medios empleados– de la actividad. Dicho indicador neurálgico devino complementado por otros estimados relevantes en la delimitación entre trabajadores y contratistas independientes: a) derecho del contratante a extinguir unilateralmente y sin causa (*ad nutum* o *at will*) el vínculo jurídico, lo cual revela un poder de negociación asimétrico –típico del vínculo laboral– en perjuicio del prestador de servicios; b) que el prestador del servicio ejerza ocupación o negocio distinto al del contratante, es decir, según la jurisprudencia³⁹, que aquél afronte el riesgo o ventura de la actividad productiva que libremente organiza (*oportunidad de ganancias o pérdidas*), por contraposición a la mera integración en organización ajena⁴⁰; c) tipo de ocupación, con referencia a si en la localidad el trabajo se realiza bajo la dirección del contratante o de un especialista sin supervisión; d) habilidades o destrezas necesarias para desempeñar la respectiva ocupación; e) suministro –por parte del contratante o del prestador del servicio– de instrumentos, herramientas y facilidades locativas⁴¹; f) duración del trabajo que debe ejecutarse;

³⁹ Sentencia de 30 de abril de 2018, N° S222-732, dictada por la Corte Suprema de California (*Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County*), p. 17.

⁴⁰ Ver Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo (2006), párrafo 13.a.

⁴¹ Constituye indicador favorable a la existencia de un vínculo laboral el hecho de que el contratante suministre al prestador de servicios personales los instrumentos de trabajo, materias primas, facilidades locativas y demás elementos requeridos para la ejecución del trabajo. Tal circunstancia develaría que la obligación del prestador de servicios se circunscribe a poner a disposición de otro su fuerza de trabajo. Villasmil, Humberto y Carballo Mena, César Augusto, *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, Caracas, UCAB, 2016, p. 167.

g) método de remuneración, es decir, por unidad de tiempo o por unidad de obra⁴²; h) si el trabajo es parte de la actividad regular del beneficiario y, por tanto, ésta resultaría frustrada sin la ejecución de aquél; e i) si las partes creen estar vinculadas por una relación de trabajo (aunque ello solo represente un indicador secundario por cuanto la calificación jurídica del vínculo ha de derivar de hechos debidamente probados).

En sentido análogo, el Servicio de Impuestos Internos (*Internal Revenue Service*) de EE.UU. aplica –desde 1987– una variante del *test de control* para establecer, a efectos tributarios, la condición de trabajador dependiente, el cual pivota en torno a tres ejes sustantivos:

- Control conductual (tipo de instrucciones, grado de instrucciones, sistemas de evaluación, y entrenamiento brindado al prestador de servicios);
- Control financiero (inversiones significativas, gastos no reembolsables, oportunidad de ganancias o pérdidas, servicios disponibles para el mercado u otros negocios, y método de pago; y
- Tipo de relación (contrato escrito, beneficios –típicos– de trabajador dependiente, permanencia del vínculo, y servicios prestados en la actividad esencial –*key activity*– del contratante⁴³⁻⁴⁴).

El test de control, en cualquiera de sus especies, ha merecido críticas por parte de órganos judiciales, instancias administrativas y académicos, en razón de la complejidad que entraña la aplicación

⁴² La retribución por unidad de tiempo –típica del contrato de trabajo– toma en cuenta primordialmente la disponibilidad de la fuerza de trabajo del prestador de servicios; mientras que la retribución por unidad de obra atiende al resultado convenido.

⁴³ Deknatel, Anna y Hoff-Downing, Laurie, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁴ El test aparece descrito, en términos abreviados, así: “Comportamiento: ¿Tiene el negocio el control o el derecho de controlar lo que el empleado hace y cómo el/ella desempeña su trabajo? Control financiero: ¿El pagador controla todos los aspectos comerciales del trabajo del empleado? (esto incluye la manera en que se le paga al empleado, si los gastos son o no son reembolsados, quién provee herramientas/materiales, etcétera). Tipo de relación: ¿Existen contratos escritos y beneficios del tipo que se ofrecen a los empleados (por ejemplo, planes de pensión, seguros, vacaciones pagadas, etcétera)? ¿Va a continuar esta relación y es el trabajo realizado un aspecto clave del negocio?” Recuperado de: <https://www.irs.gov/es/businesses/small-businesses-self-employed/independent-contractor-self-employed-or-employee>.

y evaluación de sus múltiples y disímiles factores, la inseguridad que ello traduce para contratantes y prestadores de servicios personales, y su potencial evasión mediante la organización del trabajo en torno a ciertos rasgos asociados al contratista independiente⁴⁵.

Atendiendo a las críticas expresadas, la Corte Suprema de California, en el fallo comentado en la sección anterior (*Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*), optó por el –más simple y armónico con el propósito tutelar de la legislación del trabajo– test ABC. Dicha metodología se declara idónea para verificar la condición de patrono, entendido –en una de las tres acepciones aplicables al régimen salarial⁴⁶– como aquel que *tolera o permite trabajo en beneficio propio*.

A estos fines, se presume –*iuris tantum*– la condición patronal del contratante del servicio, a menos que éste pruebe –concurrentemente– los siguientes atributos del vínculo cuya naturaleza se debate: A) que el prestador del servicio carece, contractual y fácticamente, de control y dirección sobre el desempeño de su trabajo, B) que el trabajo está fuera del curso normal del negocio del contratante, y C) que el prestador del servicio se dedica habitualmente a ejecutar, de modo independiente, una actividad, ocupación o negocio de naturaleza análoga al trabajo ejecutado en beneficio del contratante.

La aplicación del test ABC –en lugar del test de control– tiende a dilatar significativamente el ámbito de la relación de trabajo por virtud de su existencia presunta y la –consecuente– carga del contratante de probar los atributos que evidencien la plena y efectiva autonomía o independencia del prestador de servicios.

Dicha autonomía o independencia supone enervar tanto el clásico control sobre el modo de ejecución del trabajo y los medios para ello

⁴⁵ Sentencia de 30 de abril de 2018, N° S222-732, dictada por la Corte Suprema de California (*Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County*), pp. 62-64.

⁴⁶ Industrial Welfare Commission (California Code of Regulations, Title 8, Section 11090, Order Regulating Wages, Hours and Working Conditions in the Transportation Industry, Subdivision 2): “..(D) *Employ* means to engage, suffer, or permit to work. (E) *Employee* means any person employed by an employer. (F) *Employer* means any person as defined in Section 18 of the Labor Code, who directly or indirectly, or through an agent or any other person, employs or exercises control over the wages, hours, or working conditions of any person...”.

destinados, como —en términos generales⁴⁷— la integración del trabajador en la organización empresarial o negocio del contratante, esto es, de un lado, la identidad material entre las actividades productivas que cada uno desarrolla, y del otro, la inexistencia de organización autónoma a cargo de aquél.

Así, a título ejemplificativo, en los casos *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations* (1989), *Yellow Cab Cooperative v. Workers Compensation Appeals Board* (1991), *Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick* (2015), y *Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County* (2018), el trabajo (cosecha de hortalizas, transporte privado de pasajeros, y reparto de paquetes o documentos), por su simplicidad o estandarización, no fue ejecutado bajo control directo y permanente de los contratantes, aunque sí se verifica la plena identidad material entre las actividades productivas de éstos y las desempeñadas por los trabajadores insertos en las organizaciones empresariales globalmente controladas por los respectivos contratantes; razón por la cual cabría declarar la existencia de relaciones de trabajo desde la perspectiva del test ABC.

Adicionalmente, la utilización de plataformas tecnológicas permite que la clásica supervisión patronal ejercida mediante la imposición de horario y puesto de trabajo sea sustituida por mecanismos más sutiles, aunque igualmente efectivos. En la sentencia que dirimió el caso *Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick* (2015) se destacó que las accionadas inscribían a los conductores autorizados para prestar servicios, aprobaban los vehículos que éstos podían destinar a tales fines, registraban el número, duración y frecuencia de viajes realizados (o requerimientos denegados), suspendían de la aplicación a los conductores que dejaran transcurrir cierto lapso sin prestación efectiva de servicios, y controlaban el desempeño de los conductores mediante índices de aprobación por parte de los usuarios.

Esta especie de control algorítmico del trabajo también mereció enfática atención en sentencia de 13 de febrero de 2017 dictada por el

⁴⁷ En términos de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo (2006), párrafo 13.a. Villasmil, Humberto y Carballo Mena, César Augusto, *op.cit.*, pp. 156-158.

Juzgado 33^{ro} del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), en juicio incoado por *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnologia Ltda.*⁴⁸:

Queda bastante claro que la accionada [*Uber do Brasil Tecnologia Ltda*] ejerce su poder directivo al imponer numerosas reglas que, en caso de incumplimiento, pueden ocasionar, incluso, la pérdida del acceso a la aplicación. Consultado su sitio electrónico, se verifica la existencia de un código de conducta que prohíbe, entre otras cosas, negar el embarque de animales conductores de ciegos, usar drogas o alcohol mientras conduce o hacerles preguntas personales a los pasajeros [...] El control de esas reglas y de los niveles de atención durante la prestación de servicios ocurre por medio de las evaluaciones en forma de notas y de las quejas de los usuarios. Aquí cabe un complemento: solamente el avance tecnológico de la sociedad fue capaz de crear esa inédita técnica de vigilancia de la fuerza de trabajo. Se trata de innovación de la organización ‘*uberiana*’ del trabajo con potencial exponencial de reproducción y en escala global.

Al fin y al cabo, ya no es necesario el control dentro de la fábrica, tampoco a la subordinación a agentes específicos o a una jornada rígida. Es mucho más eficaz y represor el control difuso, realizado por todos y por nadie. En este nuevo paradigma, los controladores, ahora, están esparcidos por la multitud de usuarios y, a la vez, se esconden en algoritmos que definen si el conductor debe o no ser sancionado, debe o no ser ‘*desechado*’ [...].

Un control de nuevo tipo, el control algorítmico con base en plataformas y espacios virtuales constituye una realidad establecida por esa innovadora forma de organización del trabajo humano. Un control que admite la posibilidad de extinción de una relación de empleo sin la intervención humana.

Lo que tenemos es un algoritmo, conjugando exclusivamente datos objetivos previamente programables, cuyo propósito es el control rígido y totalizante y con poder de decisión y que resuelve el destino laboral de un ser humano...

En definitiva, la sentencia transcrita –al igual que la dictada en el caso *Uber Technologies, Inc. y Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick*

⁴⁸ Recuperado de: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/430408618/andamento-do-processo-n-0011359-3420165030112-rtord-14-02-2017-do-trt-3?ref=topic_feed.

(2015)– pone de manifiesto –aunque no se trate de un criterio pacífico⁴⁹– que las plataformas tecnológicas pueden servir como instrumentos idóneos para el ejercicio pleno y eficaz del arquetípico –aunque ataviado a la moda– control y disciplina sobre la ejecución del servicio. De tal manera que, más allá del melancólico estribillo sobre la supuesta crisis de Derecho del trabajo o del fetichismo normativo que exige siempre legislar ante los nuevos fenómenos de organización del trabajo⁵⁰, corresponde –más bien– escudriñar a la luz del principio de primacía de la realidad, allí donde se niegue la existencia de relaciones de trabajo, los límites y componentes de cada organización empresarial para detectar si los servicios personales ejecutados en su esfera exhiben efectivamente carácter autónomo, esto es, en términos análogos al test ABC, si son desempeñados con elementos propios, al margen del control permanente del contratante, y fuera de la órbita de la actividad ordinaria o regular de éste.

V. TEST DE LABORALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

1. Preámbulo:

Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos suelen concebir el contrato o relación de trabajo a partir de tres presupuestos concurrentes: servicio personal, remunerado, y dependiente y/o subordinado⁵¹.

⁴⁹ De un lado, la sentencia fue revocada por decisión de 20 de noviembre de 2017, proferida por la 9ª Sala del Tribunal Regional de la 3ª Región, Belo Horizonte (Recuperado de: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/522746537/andamento-do-processo-n-0011359-3420165030112-ro-21-11-2017-do-trt-3?ref=topic_feed), y del otro, han sido dictadas, también en primera instancia, sentencias que rechazan el vínculo laboral entre conductores y Uber. Carvalho, Taynara, *Uber: inovacao e reverberacao nas relacoes laborais*, 2018. Recuperado de: <https://juridicocerto.com/p/taynara-carvalho/artigos/uber-inovacao-e-reverberacao-nas-relacoes-laborais-4261>.

⁵⁰ Sobre el tema analizado, el Art. 6º (parágrafo único) de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Brasil), que devino reformado mediante Ley 12.551/2011, prevé que “Los medios telemáticos e informatizados de comando, control y supervisión se equiparan, para fines de subordinación jurídica, a los medios personales y directos de comando, control y supervisión del trabajo ajeno”.

⁵¹ ARGENTINA (Ley de Contrato de Trabajo 20.744): Art. 22.- Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el

acto que le dé origen; BOLIVIA (Decreto Supremo 23570): Art. 1.- “constituyen características esenciales de la relación laboral: a) La relación de dependencia y subordinación del trabajador respecto del empleador; b) La prestación de trabajo por cuenta ajena; y c) La percepción de remuneración o salario en cualquiera de sus formas de manifestación”; BRASIL (Consolidación de las Leyes del Trabajo): Art. 3.- Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário; CHILE (Código del Trabajo): Art. 7.- Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada; COLOMBIA (Código Sustantivo del Trabajo): Art. 22.1.- Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; COSTA RICA (Código de Trabajo): Art. 18.- Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquél en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma; CUBA (Código de Trabajo): Arts.9.a.- Trabajador: persona natural cubana o extranjera residente permanente en el territorio nacional con capacidad jurídica, que labora con subordinación a una persona jurídica o natural y percibe por ello una remuneración, y 20.- La relación de trabajo se formaliza con el contrato del que son partes el trabajador y el empleador; mediante el cual, la persona contratada se compromete a ejecutar con eficiencia una labor, a observar las normas de disciplina y las demás que se acuerden, asimismo quien le emplea se obliga a pagarle una remuneración y a garantizarle las condiciones y derechos de trabajo y seguridad social que establece la legislación; ECUADOR (Código del Trabajo): Art. 8.- (Contrato individual).- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre; EL SALVADOR (Código de Trabajo): Art. 17.- Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación, es aquél por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra, o a prestar un servicio, a uno o varios patronos, institución, entidad o comunidad de cualquier clase, bajo la dependencia de éstos y mediante un salario; GUATEMALA (Código de Trabajo): Art. 18.- Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma; HONDURAS (Código del Trabajo): Art. 19.- Contrato Individual de Trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a ejecutar una obra o a prestar sus servicios personales a otra persona, natural o jurídica, bajo la continua, dependencia o subordinación de ésta, y mediante una remuneración; MÉXICO (Ley Federal del Trabajo): Art. 20.- Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario; NICARAGUA (Código del Trabajo): Art. 19.- Relación laboral o de trabajo, cualquiera sea la causa que le de origen, es la prestación de trabajo de una persona natural subordinada a un empleador mediante el pago de una remuneración; PANAMÁ (Código de Trabajo): Art. 62.- Se entiende por contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación, el convenio verbal o escrito mediante el cual una persona se obliga a prestar sus servicios o ejecutar una obra a favor de otra, bajo

En este contexto, el debate sobre la naturaleza jurídica de una concreta modalidad de prestación de servicios supone para el juzgador, con el auxilio de la –extendida– presunción *iuris tantum* de su naturaleza laboral⁵², subsumir los rasgos fácticos de la interacción escrutada en los presupuestos normativos del contrato o relación de trabajo, correspondiendo al beneficiario la carga de desvirtuarla bajo el imperio de los principios de primacía de la realidad⁵³ e indisponibilidad de los derechos del trabajador⁵⁴.

la subordinación o dependencia de ésta. Se entiende por relación de trabajo, cualquiera sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal en condiciones de subordinación jurídica o de dependencia económica; PARAGUAY (Código del Trabajo): Art. 18.- Contrato de trabajo es el convenio en virtud del cual, un trabajador se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio a un empleador, bajo la dirección y dependencia de éste, mediante el pago de una remuneración, sea cual fuere la clase de ella; PERÚ (Ley de Productividad y Competitividad Laboral): Art. 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado; PUERTO RICO (Ley de Transformación y Flexibilidad Laboral): Art. 2.1. El contrato de empleo es un contrato mediante el cual una persona jurídica o natural llamada “patrono”, contrata a una persona natural, llamado “empleado” para que éste preste servicios de naturaleza voluntaria para el beneficio del patrono o de una tercera persona, a cambio de recibir compensación por los servicios prestados, cuando los servicios son prestados por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización y bajo la dirección del directa del patrono; REPÚBLICA DOMINICANA (Código de Trabajo): Art. 1.- El contrato de trabajo es aquel por el cual una persona se obliga, mediante una retribución, a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia y dirección inmediata o delegada de ésta; y VENEZUELA (Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras): Art. 55.- El contrato de trabajo, es aquel mediante el cual se establecen las condiciones en las que una persona presta sus servicios en el proceso social de trabajo bajo dependencia, a cambio de un salario.

⁵² Por ejemplo: Ley del Contrato de Trabajo de Argentina (artículo 23), Código del Trabajo de Chile (artículo 8), Código Sustantivo del Trabajo de Colombia (artículo 24), Código de Trabajo de Costa Rica (artículo 18), Código de Trabajo de El Salvador (artículo 20), Código de Trabajo de Guatemala (artículo), Ley Federal del Trabajo de México (artículo 21), Código de Trabajo de Panamá (artículo 66), Código del Trabajo de Paraguay (artículo 19), Código de Trabajo de República Dominicana (artículo 15), y Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela (artículo 53). Por contra, no se prevé tal presunción en los sistemas jurídicos de Ecuador y Uruguay, correspondiendo entonces la carga probatoria a quien se atribuya estatus de trabajador (dependiente).

⁵³ Arts. 89.1 de la Constitución de la República, 18.3 y 22 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y 9.c del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

⁵⁴ Arts. 89.2 de la Constitución de la República, 18.4 y 19 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, y 9.b del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

La aludida fórmula combinatoria (presunción de relación de trabajo + principios de primacía de la realidad e indisponibilidad de derechos) resulta idónea para enervar el encubrimiento del vínculo laboral mediante simulación de interacción de naturaleza disímil.

En el caso venezolano, cuando la realidad aprehendida por el juzgador resulta objetivamente ambigua, es decir, ubicada en zona fronteriza o penumbrosa, la jurisprudencia⁵⁵ ha impuesto la aplicación de un método tipológico de análisis denominado test de laboralidad, consistente en un catálogo de indicadores de los rasgos fácticos de la relación de trabajo, análogo al test de control que suelen observar los tribunales en los EE.UU.

Dichos indicadores provienen –los primeros seis (*a-f*)– del párrafo 2 del proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que examinó la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo entre 1997 y 1998, y –los cinco restantes⁵⁶ (*g-k*)– de la configuración de la propia Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela):

- a) Forma de determinar el trabajo;
- b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo;
- c) Forma de efectuarse el pago [...];
- d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario;
- e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria;
- f) Otros: [...] asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo [...] la exclusividad o no para la usuaria [...];
- g) La naturaleza jurídica del pretendido patrono;
- h) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.;
- i) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio;

⁵⁵ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia (líder) 489 de 13 de agosto de 2002. Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/RC489-130802-02069.HTM>.

⁵⁶ Aunque alguno resulte redundante o de alcance impreciso.

- j) La naturaleza y quantum de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar; [y]
- k) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena.

Más allá de las virtudes y falencias⁵⁷ imputables al test de laboralidad, transcurridos más de tres lustros de pacífica aplicación, conviene destacar, a propósito de las sentencias comentadas en párrafos anteriores, la trascendencia de incorporar el indicador concerniente a la integración del trabajador en organización empresarial ajena, la imperativa vinculación entre indicios recabados y presupuestos normativos de la relación de trabajo, y la relación de trabajo presunta como perspectiva de evaluación.

2. Integración en organización empresarial ajena:

A propósito de la mención a “aquellos [rasgos] propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena”, cabría incorporar al test de laboralidad el indicador concerniente a la integración del prestador de servicios en la organización empresarial del contratante, en términos análogos a los previstos en el párrafo 13.a de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo (2006).

En efecto, la ajenidad como rasgo asociado a la relación de trabajo entraña reconocer que el trabajador presta servicios en el ámbito de la actividad organizada por el patrono, cuyos réditos éste apropia originariamente, y cuyos riesgos debe –consecuentemente– soportar⁵⁸.

En sentencias proferidas por tribunales en los EE.UU., objeto de comentarios en secciones anteriores, aparece destacado, como indicador del test de control, el vínculo material u ontológico entre la ocupación o negocio del prestador de servicios y la actividad productiva del contratante. Así, si éste ostenta el poder de organización de la operación en su integridad y la actividad del prestador de servicios forma parte indisociable de dicha operación, se configuraría un indicio fuerte de relación de trabajo al denotarse un marcado déficit de autonomía. En esta

⁵⁷ Carballo Mena, César Augusto, *op. cit.*, pp. 167-176.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 53-63.

hipótesis, el prestador de servicios aparece sometido a una especie de *subordinación estructural*, esto es, integrado y bajo el influjo de una cultura corporativa ajena y dominante⁵⁹.

Por lo expuesto, dicho indicador, articulado con otros rasgos propios de la ajenidad, tales como inversiones y suministro de herramientas, materiales y maquinarias, y la asunción de ganancias y pérdidas, tiende a traslucir la existencia de una relación de trabajo a pesar de la ausencia del –clásico– control directo y permanente sobre la forma de ejecución del servicio y los medios para ello empleados.

3. Asociación entre indicios recabados y presupuestos normativos:

El ordenamiento jurídico venezolano atribuye a la relación de trabajo los caracteres concurrentes de personalidad, productividad (onerosidad) y dependencia (subordinación), *ex Arts. 35 y 53-55 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (DLOTTT)*. Ello supone que la aplicación del test de laboralidad deba imperativamente traducirse en la asociación de los indicios recabados con los presupuestos de la relación de trabajo que, en el caso concreto, sean objeto de controversia.

En lo que atañe a la dependencia o subordinación, presupuesto sobre el cual versa la inmensa mayoría de los debates jurisdiccionales, conviene advertir que a él se vinculan directamente los indicadores relativos a la forma (más o menos precisa) de determinar el trabajo, tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo (particularmente, *lugar* donde el trabajo se ejecuta), supervisión y control disciplinario, y exclusividad, e indirectamente aquellos otros que conciernen a la ajenidad, esto es, inversiones y suministro de herramientas, materiales y maquinarias, asunción de ganancias y pérdidas, e integración en la organización bajo control del contratante.

La asociación lógica que se destaca –entre indicadores y presupuestos de la relación de trabajo– garantiza que el juzgador, ante los

⁵⁹ Sentencia dictada en RR-119400-55.2007.5.03.0001, proferida por el Tribunal Superior del Trabajo (Brasil), 23 de abril de 2013, *apud* sentencia de 13 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado 33^{to} del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), en juicio incoado por *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnologia Ltda.*

casos difíciles o fronterizos, recabe indicios que le permitan, según su gravedad, concordancia y convergencia⁶⁰, declarar, con base en los presupuestos normativos antes indicados, la naturaleza jurídica de la interacción examinada.

4. Presunción de laboralidad como perspectiva de evaluación.

La aplicación del test de laboralidad no supone obviar las cargas probatorias que puedan corresponder a las partes en litigio, de modo que si opera la presunción de laboralidad del vínculo escrutado, *ex Art. 53 DLOTTT*, corresponderá al beneficiario del servicio desvirtuar los restantes presupuestos normativos, es decir, carácter productivo u oneroso, y/o dependiente o subordinado, mediante indicios graves, concordantes y convergentes.

A este respecto, la sentencia dictada en el caso *Dynamex Operations West, Inc v. The Superior Court of Los Angeles County* puso de manifiesto la relevancia de la existencia presunta de la relación de trabajo como mecanismo de realización del fin tutelar de la legislación del trabajo, toda vez que hace recaer sobre el contratante la carga de demostrar el carácter autónomo o independiente del servicio ejecutado. Desde la perspectiva del test ABC, ello emerge –como fue señalado en su oportunidad– de la concurrencia de tres rasgos: ausencia de control y dirección sobre la ejecución del trabajo, independencia entre el trabajo ejecutado y la actividad habitual del contratante, y autonomía empresarial del prestador del servicio.

Por último, en los sistemas que no consagren mecanismos presuntivos de la existencia del vínculo laboral, los principios –fundamentales del Derecho del trabajo– de tuición y primacía de la realidad habrían de impulsar en el juzgador, por ejemplo, la adopción de una perspectiva dinámica de la carga probatoria, haciéndolas recaer en quien se encuentre en mejor condición de probar (en este supuesto, la condición autónoma del servicio personal recibido).

⁶⁰ Ver artículos 510 del Código de Procedimiento Civil y 1399 del Código Civil (Venezuela).

VI. COROLARIO

Las sentencias que inspiran el presente ensayo, dictadas en los casos *Uber Technologies, Inc. - Rasier CA-LLC v. Barbara Berwick* (2015) y *Dynamex Operations West, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County* (2018), ensamblan un contexto idóneo para advertir:

- Los rasgos básicos de las empresas que, en el ámbito de la denominada *economía de plataformas*, incorporan “el trabajo a pedido mediante aplicaciones”⁶¹;
- Las peculiaridades del catálogo de indicadores arquetípicos de la relación de trabajo, denominado test de control, que tradicionalmente aplican los tribunales en los EE.UU. a los fines de declarar la naturaleza jurídica –en disputa– de una cierta modalidad de servicios personales;
- Las críticas que dicho método tipológico ha merecido por virtud de la complejidad que entraña la aplicación y evaluación de sus múltiples y disímiles factores, la inseguridad que ello traduce para contratantes y prestadores de servicios personales, y su potencial evasión mediante la organización del trabajo en torno a ciertos rasgos asociados al trabajo autónomo o independiente;
- La adopción de metodología alternativa más sencilla y cónsona con el objeto tutelar de la legislación del trabajo, denominada test ABC, por cuya virtud al contratante de servicios personales se le adjudicará –presuntivamente– la condición de patrono, salvo que logre demostrar que el trabajo fue ejecutado autónomamente, que el mismo diverge de su actividad habitual, y que el ejecutante del trabajo ostenta capacidad empresarial;
- La trascendencia de la identidad entre el trabajo ejecutado y la actividad habitual del contratante, con independencia del método de escrutinio aplicado, toda vez que entraña –*prima facie*– un control indirecto o estructural; y
- Las nuevas tecnologías incorporadas a la organización empresarial, como la aplicación para teléfonos móviles de Uber

⁶¹ OIT, *Informe inicial...*, op. cit., p. 39.

Technologies, Inc. o los dispositivos satelitales que utiliza Dynamex Operations West, Inc., y su idoneidad para controlar detalladamente el trabajo ajeno, incluso con mayor eficacia que los métodos tradicionales.

Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos suelen consagrar los presupuestos o rasgos esenciales de la relación de trabajo y/o de los sujetos involucrados, de modo tal que en caso de debatirse la naturaleza jurídica de cierta modalidad de prestación de servicios el juzgador deberá subsumir los datos fácticos recabados en los aludidos presupuestos normativos. En este contexto, destaca la decisión judicial producida en Brasil según la cual el vínculo trabado entre un conductor y Uber do Brasil Tecnología Ltda.⁶² revistió la condición de relación de trabajo, toda vez que concurrieron los respectivos presupuestos normativos (Art. 3° de la Consolidación de las Leyes del Trabajo), es decir, carácter personal, permanente, retribuido y subordinado (básicamente por el control algorítmico que ofrece la aplicación tecnológica y la evaluación de desempeño realizada mediante encuesta al usuario).

Por su parte, la jurisprudencia venezolana exhibe como peculiaridad la incorporación de un método tipológico (test de laboralidad), análogo al aplicado por los tribunales de los EE.UU. (test de control), para el análisis de las modalidades de servicios objetivamente ambiguas o ubicadas en áreas de penumbra. En este supuesto, el juzgador, tomando en consideración los presupuestos normativos de la relación de trabajo (servicio personal, remunerado y dependiente), habrá de aplicar al caso concreto los –once– factores que conforman dicho test y ponderar los indicios recabados según su gravedad, concordancia y convergencia. Convendría, entre otros ajustes, incorporar el –muy trascendente– indicador sobre la integración del trabajador en organización empresarial ajena (párr. 13.a de la Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo, 2006)⁶³, asociar los indicadores del test de laboralidad a los

⁶² Sentencia de 13 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado 33^{ro} del Trabajo de Belo Horizonte (Brasil), en juicio incoado por *Rodrigo Leonardo Silva v. Uber do Brasil Tecnología Ltda.*

⁶³ Las sentencias analizadas a lo largo del presente ensayo destacan como dato revelador del vínculo laboral que las actividades desplegadas en –pretendidas– condiciones de autonomía o independencia formaban parte indisoluble de la operación bajo control integral del

presupuestos normativos de la relación de trabajo (personalidad, productividad y dependencia)⁶⁴, y orientar la aplicación del test de laboralidad según las cargas probatorias que puedan corresponder a las partes en pugna⁶⁵.

En definitiva y al margen del método que se adopte para la determinación de la existencia de la relación de trabajo, lo esencial parece ser el reconocimiento de la trascendencia de los conceptos –inescindibles e interdependientes– de *patrono y empresa*, en el sentido que el ejercicio del poder de organización de aquél, destinado a la conjugación de los factores que ésta entraña, exige disponer de la fuerza de trabajo de otro u otros bajo los controles que resulten funcionales en el marco de la específica actividad productiva que se desarrolle porque, como advierte ROMAGNOLI, “no existe la subordinación: existen las subordinaciones”⁶⁶.

contratante, configurándose así una suerte de *subordinación estructural* (ver sentencia de 23 de abril de 2013 dictada en RR-119400-55.2007.5.03.0001, proferida por el Tribunal Superior del Trabajo, Brasil).

⁶⁴ Arts. 35 y 53-55 DLOTTT.

⁶⁵ Si operó la presunción de la existencia de la relación de trabajo, correspondería al beneficiario del servicio desvirtuarla mediante indicios graves, concordantes y convergentes. Así, por ejemplo, el déficit de elementos de juicio favorables a la dependencia o subordinación no desvirtuaría el vínculo jurídico presunto, toda vez que ello solo se desgaja de la prueba fehaciente de autonomía o independencia en la prestación del servicio (en el sentido apuntado por el test ABC).

⁶⁶ Romagnoli, Humberto, “La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo”, *Cuadernos de relaciones laborales*, N° 1. Madrid, Ed. Complutense, 1992, p. 17. Recuperado de: <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/viewFile/CRLA9292110015A/32692>.

RESUMEN

El presente ensayo divulga los indicadores de subordinación o dependencia contenidos en recientes decisiones judiciales, a propósito del análisis de empresas que incorporan “el trabajo a pedido mediante aplicaciones” (Uber - Dynamex).

PALABRAS CLAVE

Relación de trabajo,
contratista independiente,
dependencia, subordinación,
método tipológico,
plataforma tecnológica.

ABSTRACT

The present essay discloses the indicators of subordination or dependence contained in recent judicial decisions, with regard to the analysis of companies that incorporate “work on demand through applications” (Uber - Dynamex).

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. PROF. NICOLÁS BADELL BENÍTEZ.

SUMARIO

I. Introducción. II. Aspectos Generales. 1. Marco regulatorio de las garantías en el ordenamiento jurídico venezolano. 1.1. La Ley de Contrataciones Públicas y el Reglamento. 1.2. El Pliego de Condiciones. 2. Tipos de garantías. 2.1. Personales y reales. 2.2. Garantías otorgadas por el contratista y garantías constituidas por la Administración Pública. 2.3. Precontractuales y Contractuales. 3. Características de las Garantías. 4. Carácter obligatorio de las garantías. 5. Requisitos generales para la procedencia de las FIANZAS para las contrataciones con órganos y entes de la Administración. III. Aspectos especiales. Las Garantías en la Ley de Contrataciones Públicas. 1. Garantías Precontractuales. Garantía de mantenimiento de las ofertas. 1.1. Noción y finalidad. 1.2. Contrataciones a las que se aplica la garantía de mantenimiento de las ofertas. 1.3. Contrataciones excluidas de la exigencia de la garantía de mantenimiento de las ofertas. 1.4. Tipos de garantía de mantenimiento de las ofertas. 1.5. Monto de la garantía de mantenimiento de las ofertas. 1.6. Vigencia de la garantía de mantenimiento de las ofertas. 1.7. Efectos jurídicos por la falta de presentación de la garantía de mantenimiento de las ofertas. 2. Garantías Contractuales. 2.1. Garantía de anticipo. 2.2. Garantía de fiel cumplimiento. 2.3. Garantía laboral. 2.4. Póliza de responsabilidad civil general. 2.5. Garantías de equipos (Contrato de ejecución de obra). 2.6. Garantía de funcionamiento. 2.7. Otras garantías. 3. Pagos y liberación de garantías. 4. Efectos de la no consignación de las garantías. 5. Ejecución de las garantías. 5.1. Requisitos. 5.2. Caducidad de la acción. 5.3. Procedimiento aplicable para la ejecución. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad de los órganos del Poder Público puede materializarse a través de distintas formas, dentro de las cuales se encuentra *la actividad contractual*, que se lleva a cabo tanto en la celebración de contratos dirigidos a satisfacer necesidades de interés general (prestación de servicios públicos, construcción de obras públicas o uso y aprovechamiento de bienes del dominio público) o para la contratación de servicios o la adquisición de bienes necesarios para el funcionamiento ordinario del Estado. En cualquiera de los casos, la contratación pública es una actividad administrativa que, por su naturaleza y por estar involucrado el manejo de las finanzas públicas, está sometida a un régimen especial de derecho público que rige desde la etapa de formación del contrato hasta su ejecución¹.

Dentro de esa especial regulación administrativa, el aseguramiento de los compromisos de los oferentes en el proceso de selección y del contratista escogido por la Administración para ejecutar el contrato, se somete a una normativa *especial e imperativa*, que exige de forma obligatoria la constitución de *garantías* de diversa naturaleza, a fin de otorgarle al ente contratante seguridad y certeza respecto al cumplimiento de las obligaciones de esos sujetos, y lo más importante para proteger el patrimonio público comprometido en la contratación.

¹ En este sentido, la doctrina nacional –Rafael Badell Madrid- ha definido los contratos administrativos como “... *aquel que celebra, directa o indirectamente, la Administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones –central y descentralizada, territorial o funcionalmente- con otro sujeto de derecho –público o privado- para satisfacer una finalidad pública y gobernado fundamentalmente por normas de derecho administrativo, tanto en la etapa previa a su formación –licitación, concurso, subasta-; como en su ejecución –cláusulas exorbitantes-; y revisión –jurisdicción contencioso administrativa-.*”. BADELL MADRID, Rafael, “Régimen jurídico del Contrato Administrativo”, Editorial Torino, Caracas, 2001. p.5.

El término “garantía” alude a la seguridad de que una determinada acción o compromiso va realizarse, lo que se traduce en protección para el ente contratante. En el caso que nos ocupa desarrollar, las garantías de la contratación son instrumentos que buscan, justamente, *proteger el uso de los recursos públicos que dispone la Administración contratante, o mejor dicho, a la ejecución y cumplimiento del propio contrato, en cuanto está encaminado al cumplimiento de una finalidad de interés general*. De modo que esa Administración pueda compensar las pérdidas ante el cumplimiento de cualquiera de los deberes de los sujetos con los cuales contrata, bien desde el momento en que presentan las ofertas o, luego, durante la ejecución del contrato.

A diferencia del derecho común en el cual la voluntad de las partes es la que determina la previsión o no de garantías que aseguren el cumplimiento del contrato, en este caso se trata de una obligación prevista por el legislador de forma mandatoria, condicionando, inclusive, **la validez del contrato de la Administración al cumplimiento de ese régimen de garantías**.

En ese sentido, teniendo como precedente la Ley de Licitaciones Públicas del año 1991, reformada posteriormente en el año 2001, y las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras contenidas en el Decreto Nro. 1.417 de 1996,² la Ley de Contrataciones Públicas³ de 2008 introdujo un completo régimen de regulación de las garantías que deben constituir los participantes en el procedimiento de selección de contratista y el sujeto seleccionado para la firma y ejecución del contrato.

Igualmente, la última reforma de la Ley contenida en el Decreto No. 1.399 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (“LCP”) del año 2014,⁴ conservó, en mayor medida, ese régimen de garantías, únicamente sustituyendo la fianza de anticipo por cualquier tipo de garantía prevista en el ordenamiento jurídico venezolano, a fin de asegurar el cumplimiento del contrato. El régimen de regulación de las garantías es desarrollado, igualmente, en las disposiciones

² Gaceta Oficial No. 5.096 Extraordinario, de fecha 16 de septiembre de 1996.

³ Gaceta Oficial No. 38.895, de fecha 25 de marzo de 2008.

⁴ Gaceta Oficial No. 6.154 Extraordinario, de fecha 19 de noviembre de 2014.

contenidas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas de 2008, dictado en el año 2009 (“Reglamento”).⁵

En este artículo nos referiremos a ese régimen jurídico, haciendo mención, en primer lugar, a los aspectos generales de las garantías, tipos y características principales, para luego referirnos, de forma específica, a cada una de las garantías que conforme a la Ley de Contrataciones y su Reglamento deben constituirse tanto en la fase de formación como en la ejecución de la contratación administrativa, revisando las finalidades de cada una de ellas, vigencia, montos requeridos y sus efectos jurídicos. Finalmente, haremos referencia a algunos aspectos concretos de la ejecución de dichas garantías tanto de forma extrajudicial como judicial, conforme a los mecanismos que establece la legislación procesal para ello.

II. ASPECTOS GENERALES

1. Marco regulatorio de las garantías en el ordenamiento jurídico venezolano

1.1. La Ley de Contrataciones Públicas y el Reglamento

La exigencia de la constitución de garantías en el marco de las contrataciones que realizan los entes y órganos de la Administración Pública está desarrollada, de forma especial, **en la LCP y el Reglamento**, siendo una exigencia obligatoria en las contrataciones que regulan esos instrumentos jurídicos.

Se trata de un régimen jurídico aplicable, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la LCP, tanto a los procesos de selección como a la ejecución de los “*contratos de adquisición de bienes,*

⁵ Gaceta Oficial No. 39.181, de fecha 19 de mayo de 2009. Hasta tanto no se dicte un nuevo reglamento que desarrolle la LCP del 2014, las disposiciones de este reglamento que resulten compatibles con el texto de la vigente Ley, conservan su vigencia. En efecto, los principios generales que rigen la potestad reglamentaria, permiten que aquellos preceptos reglamentarios que desarrollan una Ley derogada, pervivan bajo la nueva Ley, en cuanto sean compatibles con el contenido de ésta. Lo anterior, puesto que el límite de vigencia del Reglamento de una Ley derogada viene dado -simplemente- por su integración o no con el nuevo régimen jurídico, y esto no es más que el respeto al *espíritu, propósito y razón* de la Ley de reforma.

prestación de servicios y ejecución de obras”. Incluso, por disposición del primer aparte del artículo 4, también es aplicable a los contratos excluidos de la aplicación de la misma LCP, enumerados de forma taxativa en el mismo artículo.

De igual forma, el régimen jurídico de las *garantías contractuales* que regula la LCP y el Reglamento se aplica a aquellas contrataciones que, según lo previsto en el artículo 5 de la LCP, si bien no están sometidas a los procesos de selección de contratistas, le son aplicables las normas relativas a la contratación (i.e. *contratos de servicios profesionales; adquisición de obras artísticas o científicas; las alianzas comerciales y estratégicas para la adquisición de bienes y prestación de servicios entre personas naturales o jurídicas y los órganos o entes contratantes; los servicios básicos indispensables para el funcionamiento del órgano o ente contratante; la adquisición de bienes, prestación de servicios con recursos provenientes de caja chica, hasta el monto máximo que estipule la normativa que regule la materia; la adquisición de bienes, prestación de servicios y la ejecución de obras, requeridos, cuando se decreta cualquiera de los estados de excepción contemplados en la Constitución Nacional*). A esos especiales contratos, que si bien su celebración no debe hacerse conforme a los procesos de selección previstos en la LPC, sí le serán aplicables las regulaciones de las garantías que, según veremos, se denominan garantías contractuales en la LCP.

De lo anterior se desprende que para el legislador la finalidad de cumplir con la exigencia de las garantías contractuales no viene dada por la naturaleza del procedimiento que se utiliza para seleccionar al contratista, ***sino que se vincula con la protección del patrimonio público o de los recursos afectados en la ejecución de los contratos que celebre la Administración, independientemente de su naturaleza***. De modo que aún aquellos contratos que, por su naturaleza, no se celebran mediante el procedimiento licitatorio que prevé la LCP, su suscripción y ejecución deben estar igualmente asegurados con la constitución de las garantías contractuales que expresamente prevé ese instrumento jurídico.

1.2. El Pliego de Condiciones

También constituye fuente jurídica de regulación de las garantías de la contratación el **Pliego de Condiciones**, que según el artículo 6, numeral 17, de la LCP es el instrumento de rango sub-legal que contiene las normas que rigen tanto el procedimiento de selección de contratista como las condiciones específicas de la contratación. Dentro de esos aspectos, el artículo 66, numeral 19 de la LCP establece expresamente que el Pliego de Condiciones debe regular de forma clara y precisa las *“condiciones y requisitos de las garantías que se exigen con ocasión del contrato”*.

2. Tipos de garantías

Las garantías pueden clasificarse de diferente forma, según su naturaleza jurídica, el sujeto obligado a constituirla y la etapa en la cual deben ser presentadas dentro de la contratación administrativa. Al respecto se observan los siguientes:

2.1. Personales y reales

En primer lugar, la doctrina se refiere a las garantías según su naturaleza jurídica y su vinculación con el derecho o bien que pretenden asegurar. Las garantías reales constituyen un derecho real sobre un bien (prenda o hipoteca); y las garantías personales, aquellas que ofrecen una *ventaja al acreedor de que la obligación del deudor no sea respondida sólo por él, sino también por otras personas, con lo cual aumenta el número de patrimonios afectados por la obligación”* (fianza)⁶.

2.2. Garantías otorgadas por el contratista y garantías constituidas por la Administración Pública

Las garantías a las que se refiere la LCP y el Reglamento deben ser constituidas por los particulares que contratan con la Administración, tanto en el proceso de formación del contrato (la garantía de mantenimiento de la oferta) como en la celebración y ejecución del contrato

⁶ CANÓNICO SARABIA, A. *“Las Garantías en la Contratación Pública. Ley de Contrataciones Públicas. Editorial Jurídica Venezolana”*, Caracas, 2009, p. 255.

(anticipo, garantía de fiel cumplimiento, garantía laboral, responsabilidad civil).

Puede suceder que en algunos casos sea la Administración Pública la que constituya garantías, como mecanismos de ayuda o de fomento económico para auxiliar al particular contratante con el cumplimiento de ese requisito, quien en ocasiones por la magnitud de la contratación la garantía puede significar un importante gasto económico que el particular no puede afrontar. Este tipo de garantías suelen estar presentes, por ejemplo, en el caso de las concesiones públicas, en las cuales la Administración para garantizar la ejecución de ese especial contrato administrativo, auxilia al concesionario mediante el otorgamiento de garantías especiales para la asunción de determinados compromisos económicos que son necesarios para la continuidad del servicio o la construcción de la obra pública (i.e. obtención de financiamiento).

2.3. Precontractuales y Contractuales

Finalmente, la doctrina clasifica las garantías de acuerdo a la fase de la relación contractual en la cual se requiera su constitución, las cuales pueden ser de carácter *precontractual, o llamadas también provisionales, y las garantías contractuales, o definitivas*. Es esa la clasificación que se desprende de la LCP y el Reglamento.

Respecto al primer caso, tal y como veremos de inmediato, los artículos 63 y 64 de la LCP prevén una garantía para asegurar el cumplimiento de los compromisos que asume el oferente en el procedimiento de contratación, y, asimismo, en los artículos 122 y siguientes, se regulan garantías vinculadas con el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

3. Características de las Garantías

Las garantías de la contratación están sujetas a un régimen especial de derecho público que supone que tengan características particulares diferentes a las garantías que pueden usar los particulares en el ámbito del derecho privado, como son:

- a) **Unilateralidad:** por cuanto las garantías están reguladas en la Ley y deben ser otorgadas por el oferente o contratista, independientemente de la voluntad del ente licitante o contratante.
- b) **Obligatoriedad:** la exigencia de presentación de las garantías durante el proceso de selección o en virtud de la celebración del contrato viene impuesta por el ordenamiento jurídico, tanto por la Ley de Contrataciones, el Reglamento o, inclusive, en el Pliego de Condiciones. Tales regulaciones son de orden público y son de obligatorio cumplimiento para el ente contratista, que aunque se encuentren vinculadas a un instrumento contractual, su aplicación no puede ser relajada por las partes.
- c) **Consustanciales:** a diferencia del derecho civil, en el que la garantía mantiene en todo momento su carácter accesorio y su existencia no influye sobre la validez del contrato principal, en los contratos públicos la accesoriedad desaparece, y la subsistencia y validez del contrato principal depende, esencialmente, de la existencia de la garantía. La doctrina afirma en ese sentido que la constitución de las garantías no es una obligación accesorial al contrato sino que, por el contrario, forma parte de la obligación principal. En ese sentido, en la doctrina española, ALBI indica que “...la garantía es requisito obligado, y de tan trascendental importancia, que en los casos en los que la ley la exige, no puede considerarse como elemento accesorio del contrato, sino consustancial con el mismo, de tal manera que su eficacia se halla subordinada a la de la propia garantía”.⁷

4. Carácter obligatorio de las garantías

En el caso de la Administración Pública, la obligatoriedad de exigir las garantías que respalden las contrataciones hechas por los órganos y entes del Estado deriva de la Ley, y también se manifiesta por los efectos jurídicos que puede tener su omisión frente a la responsabilidad administrativa del ente contratante.

⁷ ALBI, *Los Contratos Municipales*, citado por GARCÍA TREVIJANO GARNICA, Ernesto: *Las Garantías en los Contratos Administrativos. Comentario a la Ley de Contratos Administrativos*. Civitas, Madrid, 1996, p.243.

La obligatoriedad de exigir garantías en las contrataciones de los entes públicos se encuentra prevista de manera general en la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*,⁸ en cuyo artículo 38 se establece que el sistema de control interno que se implante en los entes y organismos sujetos a la aplicación de esa normativa, deberá garantizar que:

*“...antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes: [...] 3. **Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista.** [...] 5. *Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás Leyes que sean aplicables*” (énfasis añadido)*

Asimismo, esa Ley establece en su artículo 91 (numerales 2, 3 y 23) como supuesto de responsabilidad administrativa, que se lleve a cabo la adquisición de bienes, la contratación de obras o de servicios, sin que se hayan exigido las garantías a los contratistas en los casos en que éstos deban prestarlas o cuando se hubieren aceptado por montos insuficientes, con los fines de preservar y salvaguardar los bienes o derechos del patrimonio de los entes y organismos de la Administración sujetos a la aplicación de esa Ley.

Se entiende así, que es un principio general en las contrataciones que realizan los órganos y entes públicos, la exigencia de constitución de garantías que respalden las obligaciones que asume el contratista frente al Estado, a los fines de proteger el interés general que subyace a la contratación pública y para salvaguardar el patrimonio público. Lo anterior resulta aplicable para la generalidad de las contrataciones que realizan los entes públicos, independientemente de si éstas fueron celebradas previa licitación, adjudicación directa o de manera libre sin estar regidas por procedimientos de selección de contratistas, pues la finalidad de la garantía es la de asegurar la ejecución del contrato y proteger el patrimonio público del ente contratante.

⁸ Gaceta Oficial No. 6.013 Extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010.

5. Requisitos generales para la procedencia de las FIANZAS para las contrataciones con órganos y entes de la Administración

En términos generales, en la emisión de fianzas que tengan por finalidad garantizar obligaciones de naturaleza comercial (*i.e.*: no estrictamente civiles), se deben cumplir los requisitos mínimos contemplados en el Código de Comercio⁹ (Arts. 544, 545, 546 y 547) y el Decreto-Ley de la Actividad Aseguradora¹⁰ (Art. 73, 163).

De una interpretación concordada de la normativa que rige la materia, puede señalarse que el ente contratante, a los efectos de realizar la evaluación de las fianzas que le sean presentadas, debe verificar al menos el cumplimiento de los siguientes requisitos, dejando a salvo las particularidades que según las características específicas de la contratación puedan ser exigibles:

- a) Ser otorgada por instituciones bancarias o empresas de seguros debidamente inscritas en la Superintendencia correspondiente, o sociedad nacional de garantías recíprocas para la pequeña y mediana empresa. Así se desprende de los artículos del Reglamento que regulan la exigencia de las fianzas.
- b) Contener los datos de registro de la compañía que otorga la fianza.
- c) Determinación clara y precisa del riesgo (situaciones o eventos) afianzados, así como la de los bienes comprendidos dentro de la fianza, si fuere el caso.
- d) Monto exacto garantizado y su duración.
- e) La declaratoria de la empresa afianzadora de que conoce en todas sus partes los documentos del contrato de que se trate, y el alcance de las obligaciones que asume el oferente o contratista como deudor principal.
- f) Debe estar suscrita por quien tiene cualidad para comprometer patrimonialmente a la empresa que otorga la fianza.
- g) El lapso de caducidad de las acciones contra la empresa fianza.

⁹ Gaceta Oficial No. 475, de fecha 21 de diciembre de 1955.

¹⁰ Gaceta Oficial No. 6.220 Extraordinario, de fecha 15 de marzo de 2016.

- h) El documento de fianza no deberá contener ninguna cláusula, condición o mención que permita a la entidad fiadora, o al contratista, directa o indirectamente, cancelar la fianza o hacerla caducar antes de que el contratista haya dado cabal cumplimiento a las obligaciones cuya garantía constituye el objeto de la fianza.
- i) La fianza debe constituirse mediante documento autenticado.
- j) El principio general es que las fianzas sean solidarias y que contengan mención expresa de que el fiador renuncia a los beneficios que le acuerdan los artículos 1833, 1834 y 1836 del Código Civil Venezolano (“CCV”).¹¹

Los precedentes requisitos generales para las fianzas deben ser verificados por el ente contratante, sin perjuicio de la exigencia de requisitos específicos atinentes al contrato de que se trate.

III. ASPECTOS ESPECIALES. LAS GARANTÍAS EN LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

1. Garantías Precontractuales. Garantía de mantenimiento de las ofertas

1.1. Noción y finalidad

La LCP regula dos tipos de garantías según la fase de la contratación en la que sea requerida.

Así, en primer lugar, se establece la garantía precontractual o provisional que en el caso de la legislación venezolana se denomina

¹¹ Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario, de fecha 26 de julio de 1982.

Artículo 1.833. *El fiador aunque sea solidario se libera cuando por hecho del acreedor la subrogación de los derechos, hipotecas y privilegios de este último no pueda ya tener efecto en su favor.*

Artículo 1.834. *Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualquiera efectos en pago de la deuda aunque después los pierda por evicción queda libre el fiador.*

Artículo 1.836. *El fiador que haya limitado su fianza al mismo plazo acordado al deudor principal quedará obligado aun más allá de este término y por todo el tiempo necesario para apremiarle al pago, siempre que el acreedor en los dos meses siguientes al vencimiento del término haya intentado sus acciones y las haya seguido con diligencia hasta su definitiva decisión.*

“**Garantía de mantenimiento de las ofertas**”, la cual está regulada en el artículo 64 de la LCP.

Esta garantía tiene por función, de acuerdo al autor JUAN CARLOS CASSAGNE, “*asegurar el cumplimiento de esa obligación (mantenimiento de la oferta) por parte de los oferentes*”, la cual debe “*cubrir toda la responsabilidad del proponente en el supuesto de que se demuestre que este último ha desistido de su propuesta (...)*”.¹²

En igual sentido, el autor argentino DROMI destaca dos finalidades de la garantía de mantenimiento de la oferta: i) cubrir el riesgo de un retiro prematuro o anticipado de la oferta de la adjudicación definitiva, y la renuencia o negativa del oferente adjudicatario a celebrar posteriormente el contrato; y ii) incentivar al adjudicatario a iniciar rápido la ejecución del contrato, al tener interés en que se libere esa oferta para presentar los documentos necesarios para la firma del contrato y su definitiva ejecución.¹³

En ese sentido, el autor SALVADOR LEAL ha señalado que “*el proceso de convocatoria y licitación exige que la Administración realice gastos: de personal dedicado a la labor. De publicaciones nacionales e internacionales. Más los costos de oportunidad que derive de la afectación de los recursos a una obra. Por otra parte, hay posibilidad de daños derivados de un hipotético incumplimiento. Para responder por esos gastos todos los participantes en la oferta deben constituir una garantía que asegure que la oferta es seria, es decir, que será mantenida en caso de adjudicarse un contrato*”.¹⁴

El artículo 63 de la LCP establece la obligación de los oferentes de sostener las ofertas durante el lapso indicado en el pliego de condiciones. Respecto de esta obligación, MARIENHOFF ha indicado que “*Se advierte, al instante, una diferencia fundamental ente el régimen de las “ofertas” en derecho administrativo y en derecho civil: en el primero, la oferta debe ser mantenida durante el lapso legal; en el segundo,*

¹² CASSAGNE, Juan Carlos. “*El Contrato Administrativo*”. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 104.

¹³ DROMI, R. “*La Licitación Pública*”. Ediciones Ciudad Argentina, Segunda Edición, Buenos Aires, 1995, p. 335.

¹⁴ PARRA, F. y RODRÍGUEZ, A. “*Libro homenaje Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años Especialización en Derecho Administrativo*”. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 79

*el oferente puede retirar su oferta en cualquier momento mientras no haya sido aceptada, salvo convención en contrario.”*¹⁵

No obstante lo anterior, el artículo 64 *ejusdem*, por su parte, pareciera dejar a discreción de los entes contratantes la constitución de una garantía que vele por el sostenimiento de estas ofertas. Textualmente, el artículo dispone: “*Los contratantes **podrán** solicitar una garantía para el mantenimiento de las ofertas hasta la firma del contrato. (...)*”¹⁶.

Si bien la referida norma sugiere, al utilizar el término “podrá”, que la obligación del contratista de constituir una garantía de mantenimiento de sus ofertas se ha dejado a discreción de la Administración, como parte contratante, como se mencionó anteriormente (ver Capítulo II.4), es un principio general en las contrataciones que realizan los órganos y entes de la Administración Pública, la exigencia de constitución de garantías que respalden las obligaciones que asume el contratista frente a la Administración. Por lo tanto, a pesar de que el lenguaje utilizado en la norma no es preciso, la Administración está obligada a constituir garantías de mantenimiento de ofertas, so pena de incurrir en responsabilidad.

1.2. Contrataciones a las que se aplica la garantía de mantenimiento de las ofertas

La garantía de mantenimiento de las ofertas es exigible a los tres contratos sometidos a la LCP: adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras.

¹⁵ Ver MARIENHOFF, M. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Tomo III – A, Contratos Administrativos. Teoría general. Tercera Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 235.

Tómese en cuenta que el retiro de las ofertas del contratista previo a la adjudicación del contrato está tipificado como una infracción en el numeral 4 del artículo 168 de la Ley de Contrataciones Públicas, que acarrea (i) una multa de 300 Unidades Tributarias, a beneficio del Servicio Nacional de Contrataciones (“SNC”), y (ii) la inhabilitación del contratista, por este SNC, de poder contratar con el Estado por 6 meses.

¹⁶ Esta aparente contradicción de obligar al contratista a mantener su oferta pero dejar a la voluntad del ente contratante la constitución de una garantía que precisamente asegure que la oferta del contratista se mantenga, es un asunto regulado por vez primera en la LCP de 2014. La derogada Ley de Contrataciones Públicas de 2008 sí hacía obligatoria la constitución de una caución o garantía para el mantenimiento de la oferta, por mandato de su artículo 65.

1.3. Contrataciones excluidas de la exigencia de la garantía de mantenimiento de las ofertas

El artículo 76, numeral 11, de la LCP exime del cumplimiento de la obligación de constituir garantías, que además deben ser suficientes, cuando el adjudicatario sea uno de los entes y órganos administrativos indicados en el artículo 3 de la Ley. A su vez, el Reglamento, en su artículo 135, específicamente exime a esos mismos sujetos del cumplimiento de la fianza de sostenimiento de la oferta. Se trata de una excepción referida a las contrataciones interadministrativas.

1.4. Tipos de garantía de mantenimiento de las ofertas

De acuerdo con la LCP, las partes pueden pactar la constitución de cualquier tipo de garantía prevista y regulada en el ordenamiento jurídico venezolano. La derogada Ley de Contrataciones Públicas del 2008, en cambio, únicamente preveía la posibilidad de presentar, alternativamente, una caución o una garantía –que comúnmente en la práctica era la fianza–, como figuras para asegurar el mantenimiento de las ofertas.

1.5. Monto de la garantía de mantenimiento de las ofertas

De conformidad con el artículo 135 del Reglamento, *“el órgano o ente contratante debe establecer como monto para esta garantía un porcentaje que se encuentre entre el uno y medio por ciento (1,5%) al dos y medio por ciento (2,5%) del presupuesto estimado sin incluir los tributos”*. Se puede estimar en un monto fijo en bolívares o *“como un porcentaje de la oferta presentada”*.

1.6. Vigencia de la garantía de mantenimiento de las ofertas

Según el artículo 135 del Reglamento, *“la garantía de mantenimiento de las ofertas en las diversas modalidades de selección de Contratistas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, **se deberá mantener vigente hasta la suscripción del contrato**, con el fin de garantizar el sostenimiento de las ofertas beneficiarias de la adjudicación hasta su formalización”*.

Importa tener en cuenta que de acuerdo al artículo 71 de la Ley, el órgano o ente contratante *“puede solicitar a los oferentes que*

prorroguen la vigencia de sus ofertas”, por lo que los oferentes que acepten, “proveerán lo necesario para que la garantía de mantenimiento de la oferta, continúe vigente durante el tiempo requerido en el pliego de condiciones, más la prórroga. Con ocasión de la solicitud de prórroga, no se pedirá ni permitirá modificar las condiciones de la oferta, distintas a su plazo de vigencia.”

1.7. Efectos jurídicos por la falta de presentación de la garantía de mantenimiento de las ofertas

La falta de presentación de la garantía de mantenimiento tiene consecuencias trascendentales para el oferente.

Así conforme al artículo 76 de la LCP, en el proceso de examen y evaluación de las ofertas, la Comisión de Contrataciones podrá rechazar las ofertas que no cumplan las disposiciones previstas en la LCP, con fundamento en lo cual pueden rechazarse las ofertas que, según el numeral 11, se presenten sin garantías o con garantías insuficientes; o, conforme al numeral 2, aquellas que tengan omisiones o desviaciones sustanciales a los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, como sería el caso de las garantías presentadas sin cumplir lo exigido por el ente contratante.

2. Garantías Contractuales

La Ley de Contrataciones Públicas regula en los artículos 122 al 126 las garantías contractuales. A tal efecto, contempla normas concretas respecto de la garantía de anticipo, la garantía de fiel cumplimiento, la garantía laboral, la póliza de responsabilidad civil y las garantías de funcionamiento.

Las garantías contractuales son necesarias para responder por las obligaciones del contratista frente a la Administración, y tienen por finalidad proteger el interés público involucrado en las contrataciones que realizan los entes y órganos administrativos y salvaguardar patrimonio público que se compromete contractualmente, independientemente de la modalidad de selección del contratista aplicada.

No obstante, como bien ha señalado el autor ROBERTO DROMI “*a diferencia de la garantía de oferta, esta caución definitiva, también*

*llamada garantía de adjudicación o de cumplimiento, no constituye la medida de la responsabilidad del contratista por los perjuicios sufridos por la Administración derivados de la conducta del contratista en la relación contractual. La Administración, a los fines de un total resarcimiento, puede acumular a su pretensión el importe de la garantía contractual, las multas con las que se haya sancionado al contratista, la cláusula penal que surja del contrato y la indemnización por el incumplimiento”.*¹⁷

Como ha sugerido el autor MIGUEL MARIENHOFF, en caso que el contratista haya constituido una garantía provisional, el contratista podría perfectamente imputarle el monto de esta garantía a cualquiera de las garantías contractuales que se deben pactar. El profesor argentino indica en ese sentido que el “(...) el licitador a quien se le “adjudique” el contrato, una vez celebrado éste, ha cumplido con su obligación de “mantener” su oferta, correspondiendo entonces la devolución de una garantía que ya no tiene razón de ser, y cuyo mantenimiento en tal supuesto carecería de “causa jurídica”, por cuenta la obligación a que respondía está cumplida, todo ello sin perjuicio de que el adjudicatario deba otorgar la garantía que le corresponde en ese carácter, la cual podrá constituirse imputándole a la misma el importe ya depositado para afianzar el mantenimiento de la “oferta” e integrando el saldo correspondiente.”¹⁸

2.1. Garantía de anticipo

A) Anticipos

En la contratación administrativa el ente contratante puede otorgar al contratista anticipos, que son pagos parciales que tienen por objeto financiar el desarrollo del contrato, el cual es debitado progresivamente en las sucesivas cancelaciones que lleve a cabo el ente contratante por medio de las valuaciones presentadas por el contratista.¹⁹

¹⁷ DROMI. *Op. cit.* p. 526.

¹⁸ MARIENHOFF, *Op. Cit.* p. 238.

¹⁹ En efecto, el artículo 53 de las Condiciones Generales de Contratación prevé que “(a) los fines de amortizar progresivamente el monto del Anticipo concedido hasta su total cancelación, el Ente Contratante establecerá el porcentaje a deducirse de cada valuación a pagar al Contratista”.

Se exige así que la entrega del anticipo por parte del ente contratante, esté debidamente garantizada por el contratista, mediante la presentación de una **garantía de anticipo**, que cubra un porcentaje o la totalidad del monto efectivamente entregado para la ejecución. Se prevén así en la legislación diferentes tipos de anticipo:

- i) Anticipo contractual:** es el anticipo ordinario que se encuentra previsto en el contrato y en el pliego de condiciones.

En ese sentido, el artículo 128 de la LCP, establece la posibilidad de que la Administración otorgue un anticipo contractual. Esta norma, si bien prevé como límite máximo del anticipo contractual el 50% del monto del contrato, advierte que el pago de este anticipo “*quedará sujeto a la disponibilidad financiera del contratante*”. Este anticipo, además, “*debe amortizarse progresivamente en cada pago que sea efectuado y en el mismo porcentaje en que haya sido otorgado*”.

El artículo comentado no regula expresamente el momento en que debe pagarse el anticipo, por lo que en principio, y a menos de que las partes dispongan lo contrario, el pago del anticipo no será una condición necesaria para proceder al cumplimiento de las obligaciones del contrato.

No obstante, aun cuando las partes hayan acordado que la Administración deba pagar el anticipo al inicio del contrato, este pago no se efectuará hasta tanto el contratista no consigne una garantía del 100% del monto de este anticipo, conforme al artículo 122 de la LCP. Una vez presentada la garantía, la Administración deberá realizar el pago del anticipo por el monto acordado, dentro de los 15 días continuos siguientes, *contados a partir de la presentación de la solicitud para su pago*.

En razón de la anterior, precisa el citado artículo 128 que en caso que el contratista no consigne oportunamente la garantía de anticipo, y por ello la Administración no proceda a pagarle el adelanto, el contrato igual debe ejecutarse según las especificaciones y el cronograma acordado.

- ii) Anticipo especial:** de forma excepcional, y sólo cuando exista disponibilidad, la máxima autoridad del órgano puede otorgar **un anticipo especial cuyo monto no podrá exceder del 20% del monto total del contrato.**

De acuerdo a lo previsto en el primer aparte del artículo 129, “*el otorgamiento del anticipo contractual más el anticipo especial, no podrá superar el setenta por ciento (70%) del monto total del contrato*”.

Ese anticipo también debe estar garantizado, para lo cual le serán aplicables “*las normas establecidas para el anticipo contractual*”, es decir, que igualmente debe ser por el 100% del monto que se otorgue.

iii) Anticipo para el contrato de inspección de obra

El artículo 175 del Reglamento establece la posibilidad de otorgar anticipo en los casos en los que la inspección contratada requiere emprender gastos preliminares a la ejecución de la actividad de inspección, el cual no puede exceder de 15% del monto del contrato. **Ni la Ley ni el Reglamento exigen la constitución de garantías para este anticipo; no obstante, bien puede la Administración exigir la constitución de una garantía para asegurar el uso efectivo de esos recursos.**

2.2. Garantía de fiel cumplimiento

A) Noción y finalidad

La *garantía de fiel cumplimiento* es la garantía contractual por definición y tiene por finalidad –como señalamos- garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas por el contratista y la cabal ejecución y terminación de los trabajos (obras o suministros) contratados, según el artículo 123 de la LCP.

En ese sentido lo afirmó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1310 del 24 de mayo de 2006 (caso: Unarte C.A.) al explicar que: “*La garantía de fiel cumplimiento, como su nombre lo indica, persigue asegurar la ejecución de las obligaciones del deudor en la misma forma en que fueron convenidas.*” . De igual forma, el Juzgado Superior Estadal de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, en sentencia de fecha 2 de abril de 2014, afirmó que esa garantía de fiel cumplimiento “*representa un **requisito de validez** de la relación contractual existente entre las partes suscribientes, para garantizar en favor de la Administración el cumplimiento de todas las obligaciones que dimanen del contrato.*”

Generalmente, las fianzas de fiel cumplimiento deben ser solidarias, lo que implica que ante el incumplimiento, el acreedor podrá ir directamente en contra del deudor o bien en contra del fiador, sin que éste tenga los beneficios de excusión –es decir, ir primero en contra de los bienes del deudor (Arts. 1.812 y 1.813 CCV)- y de división –en caso de cofiadores (Art. 1.819 CCV).

La ejecución de la fianza de fiel cumplimiento presupone la declaratoria de incumplimiento contractual por parte del ente contratante, pues ésta, al funcionar como garantía de todas las obligaciones contractuales, no admite ejecución por incumplimientos parciales del contrato.

B) Tipos

El artículo 123 de la LCP no distingue entre los distintos tipos de garantías que pudiesen constituirse para asegurar el cumplimiento de los contratos públicos, por lo que pueden pactarse cualquier tipo de garantía, como era el caso de la derogada Ley del 2008. La única limitante es que la garantía debe equivaler o superar el 20% del monto del contrato, incluyendo tributos.

Más allá de estas garantías reales o personales, las partes también pueden acordar, como garantía de fiel cumplimiento, la retención del 10% de los pagos que efectúe la Administración a favor del contratista. El monto total retenido, de acuerdo con el primer aparte del citado artículo 123, “*será reintegrado al momento de la recepción definitiva del bien u obra o terminación del servicio*”.

Tómese en cuenta que esa norma le concede al ente contratante el poder de acordar la **sustitución** o **coexistencia** de las garantías comentadas, así como la constatación de que sean suficientes. En efecto, los últimos dos apartes del artículo 123 de la LCP, rezan:

“(...) Quedará a cargo del contratante verificar y asegurar la suficiencia de la garantía.

El contratante podrá acordar la sustitución o coexistencia de las garantías previstas en este artículo.”

C) Vigencia

La garantía de fiel cumplimiento, al garantizar la cabal ejecución de las obligaciones contractuales, debe estar vigente –como mínimo–

durante todo el contrato, pudiendo extenderse al plazo necesario que requiera de una garantía. De conformidad con el artículo 151, la garantía deberá estar vigente hasta a la recepción definitiva del bien, obra, o la terminación de prestación del servicio, momento en el cual se procederá o a la liberación de las garantías que se hubiesen constituido o a la devolución de las retenciones hechas en garantía de fiel cumplimiento.

D) Oportunidad de presentación

La consignación de los certificados que establezcan las garantías acordadas, así como sus condiciones, es un requisito con el que debe cumplirse antes de la fecha máxima de firma del contrato, que según el artículo 117 de la LCP, debe suceder a los 8 días siguientes a la notificación de la adjudicación.

2.3. Garantía laboral

A) Noción y finalidad

El artículo 134 del Reglamento de la LCP contempla, en relación con el contrato de obras y el contrato de prestación de servicios, *la responsabilidad única del contratista como patrono del personal que labore en la prestación del servicio o ejecución de la obra*. En ese sentido, el contratista debe responder por cualquier reclamación laboral que pueda realizar el personal contra la Administración.

Se prevé así en el artículo 124 de la LCP la exigencia de una fianza laboral para garantizar el pago de las obligaciones que puedan quedar pendientes con cargo al contratista y que deba asumir la Administración, por concepto de todas las obligaciones derivadas de la aplicación de la legislación laboral, Decretos, Reglamentos y demás actos administrativos que establezcan directa o indirectamente obligaciones laborales a cargo del contratista de la Administración.

De acuerdo a lo indicado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la citada sentencia N° 1310 del 24 de mayo de 2006, la garantía laboral: “(...) *tiene por finalidad proteger los derechos de los trabajadores al servicio de la contratista ante su eventual incumplimiento, así como los del ente contratante ante un reclamo, también eventual, de orden laboral en razón de una situación como la descrita.*”

B) Tipos

El artículo 124 de la Ley regula dos tipos de garantías laborales. La primera es la *fianza laboral*, que podrá constituirse hasta por 10% del costo del personal incluido en la estructura de costos de su oferta, quienes son los beneficiarios directos de la contratación. Esta fianza será otorgada por una institución bancaria o empresa de seguro, debidamente inscrita en la Superintendencia correspondiente, o por la Sociedad Nacional de Garantías Recíprocas para la Pequeña y Mediana Industria.

El segundo tipo de garantía laboral es la retención, que operará en caso que no se constituya la fianza. En este caso, el órgano o ente contratante, establecerá la retención equivalente al 5% sobre los pagos que realice, cuyo monto total retenido será reintegrado al momento de la recepción definitiva del bien u obra o terminación del servicio.

En todo caso, el ente contratante podrá, al igual que con la garantía de fiel cumplimiento, acordar la *sustitución* o *coexistencia* de estas garantías laborales.

C) Adaptación de la fianza laboral

El monto de la fianza puede ser revisado y deberá ser cubierto por el contratista en caso de que el costo de la mano de obra a su servicio se vea incrementado por encima de lo inicialmente estimado.

D) Vigencia

El artículo 124 de la LCP, prevé que esta garantía “*deberá estar vigente desde el inicio del contrato hasta seis (seis) meses después de su terminación o recepción definitiva*”.

En el caso de la retención es diferente por cuanto se obliga al ente contratante a devolver el monto retenido al momento de la recepción definitiva del bien u obra o terminación del servicio, por lo que en ese caso no podrá extenderse esa medida por un tiempo mayor al contemplado en la Ley.

E) Ejecución de la fianza laboral

El hecho concreto que daría lugar a la exigibilidad de la fianza debe ser la eventual *sentencia judicial* que condene a la Administración

Pública al pago de conceptos laborales a favor de los trabajadores de la contratista.

De no existir tal sentencia definitivamente firme, mal podría exigir el órgano o ente contratante el pago de la suma afianzada por cuanto no existiría certeza sobre la existencia de las acreencias laborales reclamadas por el demandante; no habría certeza sobre la solidaridad entre el órgano o ente contratante y la contratista; y no habría certeza sobre el monto de la condena.

En relación con lo expresado, el Juzgado Séptimo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, el 10 de octubre de 2007, señaló que:

“Aunado al hecho que pretender Embargar preventivamente el 40% de la Fianza Laboral que cubre los gastos en caso de que la empresa no cancele las prestaciones sociales e indemnizaciones a sus trabajadores, que tienen depositada la demandada en el Departamento de Control de Contratista de PDVSA GAS, ANACO, es desacertado puesto que esta fianza como toda garantía, se activará de haber una condenatoria judicial y la empresa efectivamente no cumpla, caso que no es el que hoy nos ocupa.”

2.4. Póliza de responsabilidad civil general

La constitución por parte de los contratistas de una póliza de responsabilidad civil se regula en artículo 125 de la LCP. Este artículo dispone textualmente:

“Artículo 125. *El contratante, previa evaluación del riesgo y dadas las características propias de la obra o servicio a ejecutarse, solicitará al contratista la constitución de una póliza de responsabilidad civil específica,²⁰ la cual deberá incluir responsabilidad civil por daños o personas y equipos e instalaciones de terceros. El monto de la referida póliza será fijado en el contrato, de acuerdo a la magnitud del riesgo que se pretenda cubrir.*

²⁰ El artículo 102 de la derogada Ley de Contrataciones Públicas del 2008, preveía la constitución de una póliza de responsabilidad civil *general*.

La póliza a que se refiere el presente artículo constituirá el límite de la responsabilidad patrimonial del contratante frente a terceros y cubrirá tal responsabilidad, si la hubiere, con ocasión de las actividades desarrolladas por el contratista.

En caso de no presentar la póliza de responsabilidad civil en el lapso establecido para la formalización del contrato, se aplicará el decaimiento de la adjudicación otorgada.

Su exigencia responde a que en los contratos, particularmente en el de obras, resulta necesario contar con un mecanismo que cubra —desde el punto de vista monetario— los eventuales daños que puedan causarse a terceros, en sus bienes o en su persona, durante su ejecución, por cualquier causa establecida en la misma póliza. El monto de esta póliza, de acuerdo con el primer aparte del artículo en comentarios, constituye el límite de responsabilidad patrimonial del contratista.

Tómese en cuenta que la constitución de esa garantía no es siempre necesaria. Ello es así, por cuanto existen contrataciones en las que la ejecución de su objeto no comporta riesgos para terceros o para equipos e instalaciones de éstos, por lo que es innecesaria e injustificada la exigencia de constituir una póliza de responsabilidad civil.

Por último, como señala el último aparte del artículo 125, en caso que sí sea necesario que se constituya la póliza, la omisión por parte del contratista de presentarla comporta el decaimiento de la adjudicación otorgada a su favor.²¹

2.5. Garantías de equipos (Contrato de ejecución de obra)

El artículo 182 del Reglamento, prevé otra modalidad de garantía, como lo es la garantía de equipos.

Conforme a esa norma, esa garantía supone, en primer término, la suscripción por parte del contratista de un acuerdo con los proveedores de los equipos e instalaciones que serán utilizados en la realización de la obra, en el que éstos se obliguen a *“prestar el servicio de mantenimiento adecuado, garantizar la buena calidad y funcionamiento de*

²¹ Esta consecuencia prevista en el último aparte del artículo 125 de la LCP es una innovación respecto de la derogada Ley de Contrataciones Públicas de 2008, que regulaba la garantía de equipos en su artículo 102.

estos equipos e instalaciones y se comprometan a responder por las fallas o defectos que presenten". En según lugar, la garantía de equipos también implica que el contratista "*efectuará a sus expensas las reparaciones necesarias durante el lapso de garantía, siempre que tales fallas o defectos no hayan sido causados por el mal uso de los equipos e instalaciones*".

Una vez terminada la obra, el Contratista debe entregar al órgano o ente contratante los documentos donde conste el acuerdo suscrito con los proveedores. Es necesario remarcar que la entrega de estas garantías no exime al Contratista de las responsabilidades que le corresponden.

La presentación de "*las constancias de las garantías de los equipos e instalaciones*" son algunos de los documentos que necesariamente deben acompañar la **solicitud de aceptación provisional** de la obra, una vez que esta haya sido terminada, por mandato del numeral 5 del artículo 148 de la LCP.

2.6. Garantía de funcionamiento

La garantía de funcionamiento está regulada en el artículo 149 de la Ley. De acuerdo con esta norma, en el documento principal del contrato se establecerá el lapso de garantía necesaria para determinar si la obra no presenta defectos y si sus instalaciones, equipos y servicios funcionan correctamente. Este lapso de garantía comenzará a contarse a partir de la fecha del Acta de Terminación.

2.7. Otras garantías

De acuerdo al objeto del contrato, el órgano o ente contratante puede exigir cualquier otra garantía que estime necesario para asegurar las obligaciones asumidas por el contratista, siempre que ello sea previsto en pliego de condiciones respectivo.

Así lo prevén la LCP, en su artículo 126, y el Reglamento, en su artículo 137, al señalar que el órgano o ente contratante podrá solicitar a los beneficiarios de la adjudicación otras garantías, distintas a las previstas en la Ley, que fueren necesarias para responder por el cumplimiento del suministro de los bienes, prestación de los servicios o

ejecución de obras, señalando las mismas en los pliegos o en las condiciones de la contratación.²²

La exigencia de estas garantías debe respetar el equilibrio económico financiero del contrato, de modo que su exigencia no altere esa ecuación y afecte la ejecución del contrato.

3. Pagos y liberación de garantías

El artículo 150 de la Ley regula la recepción definitiva de la obra. Así, una vez concluido el lapso señalado en la garantía de funcionamiento, el contratista deberá solicitar por escrito al órgano o ente contratante la recepción definitiva de la obra, la cual se realizará una vez que el contratante lleve a cabo una inspección general de la obra y compruebe que corresponda con lo estipulado en el contrato.

Efectuada la recepción definitiva, el órgano o ente contratante deberá realizar los pagos restantes al contratista, la devolución de las retenciones que aún existieren y **la liberación de las garantías que se hubiesen constituido**. A estos efectos, la Dirección competente del órgano o ente contratante realizará, cumplidos los requisitos correspondientes, el finiquito contable de conformidad con el artículo 151 de la Ley.

4. Efectos de la no consignación de las garantías

Salvo el caso de la garantía de anticipo, las demás garantías contractuales son de obligatorio cumplimiento, de forma que su omisión tiene efectos trascendentales en la contratación:

- a) Puede implicar la declaratoria desierta de la contratación,** cuando, según el numeral 4 del artículo 113, los oferentes beneficiarios de la primera, segunda y tercera opción, no suministren las garantías requeridas.

²² En referencia a la derogada Ley de Contrataciones Públicas, el Juzgado Superior Estadal de lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, en sentencia de fecha 2 de abril de 2014, señaló que ésta “*hace perfectamente distinguible las garantías nominadas, aquellas determinadas en las normativas respectivas, y las garantías innominadas que no están expresamente establecidas, pero que son perfectamente aplicables a la contratación, siempre y cuando quede a satisfacción del órgano o ente contratante y se garantice suficientemente y ampliamente los intereses de los mismos.*”

- b) Respecto al contratista seleccionado, puede implicar un cambio del seleccionado**, pues el ente contratante puede optar entre la segunda o tercera opción, si el contratista que resultó con la primera opción no suministra las garantías requeridas, conforme a lo dispuesto en el artículo 110.
- c) Efectos sancionatorios**, conforme al artículo 168 de la LCP, que dispone la aplicación al contratista de una multa de 300 unidades tributarias, a beneficio del Servicio Nacional de Contrataciones, y su inhabilitación, por parte del SNC, para contratar con el Estado por 3 años. Lo anterior en virtud del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, como lo son la constitución de las garantías legales y convencionales.

5. Ejecución de las garantías

5.1. Requisitos

A los fines de ejecución de las fianzas debe seguirse el procedimiento que establezca cada uno de los contratos contentivos de las garantías.

Sin embargo, es importante tener en cuenta, de forma general, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa, la cual ha precisado que para la ejecución de la fianza deben verificarse al menos los siguientes requisitos:

- a) La existencia de la obligación principal u obligación afianzada surgida con ocasión del contrato.
- b) El incumplimiento de la obligación principal asumida en el referido contrato por parte de la empresa afianzada al no concluir los mencionados trabajos.
- c) El acreedor esté en conocimiento del hecho que dio lugar al incumplimiento.
- d) La existencia de un contrato de fianza constituido para garantizar la obligación de la empresa afianzada.
- e) La vigencia de la acción de ejecución de la fianza.

En efecto, la Sala Político Administrativa, en su decisión No. 00814, de fecha 31 de mayo de 2007 (caso: Fundación de Edificaciones y Dotaciones Educativas (FEDE) vs. Seguros Horizontes) indicó que para decretar la procedencia de la ejecución de la fianza, debe determinarse que: “a) *si, efectivamente, la sociedad mercantil Distribuidora Grudiver, S.A. incumplió con los plazos de entrega de los equipos e implementos de cocina para dotar a 103 planteles educativos ubicados en los Estados Falcón, Trujillo, Mérida y Táchira y 74 planteles educativos ubicados en los Estados Anzoátegui, Sucre, Monagas y Nueva Esparta, previstos en las órdenes de compra números 067 y 073, respectivamente; b) la condición de fiadora de la sociedad mercantil Seguros Horizonte, C.A.; y c) la vigencia de los contratos de fianza y la caducidad de la acción.*”

5.2. Caducidad de la acción

Ni la LCP ni el Reglamento contienen disposiciones que regulen la caducidad de la acción de ejecución de las garantías. Así, de conformidad con lo indicado en la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa (sentencia No. 01621 de fecha 22 de octubre de 2003, caso: Constructora Chistorra 70, C.A) la “*caducidad de la acción está referida a la pérdida irreparable del derecho de accionar como una consecuencia de no haberse ejercido este derecho dentro del lapso que ha establecido la ley (...)*”.

A) Plazo para computarla

Al no existir una disposición específica en la LCP, resulta aplicable la Ley de la Actividad Aseguradora. En particular, el artículo 163, numeral 4 de esa Ley establece que la caducidad de la acción de ejecución de fianza no podrá ser mayor de un año, **contado desde la fecha en que el acreedor garantizado tenga conocimiento del hecho que da origen a la reclamación.**

La jurisprudencia de la Sala Político Administrativa, como por ejemplo en la citada sentencia No. 01621 de fecha 22 de octubre de 2003, ha ratificado la posibilidad de que las partes establezcan, de forma contractual, el plazo de la caducidad –que no será mayor de un

año—, a cuyo vencimiento no pueden ejercerse acciones contra el fiador. En efecto, la Sala, analizando la garantía de fianza contemplada en la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1995, estableció: *“el hecho de que la caducidad sea determinada por ley, en principio no es óbice para que las partes convengan el establecimiento de un lapso de caducidad en determinadas materias, en tanto que tal proceder esté permitido por el legislador. (...) si bien la figura jurídica in commento ha sido prevista por la referida ley, la misma es de naturaleza contractual, toda vez que las partes están en la posibilidad de acordar un plazo que no será mayor de un año, a cuyo vencimiento no podrá ser ejercida efectivamente acción alguna contra la empresa aseguradora que funja como fiadora.”*

En esta misma decisión, la Sala indicó que en el caso de la fianza de fiel cumplimiento, la circunstancia que debe notificar el ente administrativo a la afianzadora es el acto de rescisión unilateral por incumplimiento del contrato. Es decir, no son los hechos que den lugar a la declaratoria de incumplimiento, sino el acto formal que declara tal circunstancia, el cual, además, puede ser declarado por la propia Administración.

Otro asunto importante es la imposibilidad que tienen las partes de introducir requisitos adicionales a la interrupción de la caducidad, como es, además de la interposición de la demanda, la necesidad de que dentro del año de caducidad se logre la *“citación de la empresa demandada”*.

A juicio de la Sala Político Administrativa, las normas en materia de citación y trámite del proceso son de orden público y no pueden ser modificadas por el juez ni las partes. En este sentido se ha pronunciado la Sala en reiteradas oportunidades, como, por ejemplo, en la sentencia No. 00813 de fecha 31 de mayo de 2007, Caso: Banco Industrial de Venezuela vs. Seguros Horizontes, en la que señaló que *“las normas procesales en materia de citación y trámite del proceso son de orden público, razón por la cual no le es dable a las partes ni aún al Juez, alterar las formas procesales con las que el legislador ha revestido la tramitación de los juicios. (...) la voluntad de ejercer la acción se verifica con la interposición de la demanda, de manera que el legislador ha querido que el procedimiento continúe su curso normal una vez*

consignada ésta, por lo que mal podrían las partes, como ocurre en el caso bajo estudio, imponer convencionalmente otra carga procesal al ejercicio de la acción, como es el caso de la citación del demandado para poder hacer valer las pretensiones ante los órganos jurisdiccionales.”

Por tanto, siendo la interposición de la demanda el acto que demuestra la voluntad de ejercer la acción, no pueden las partes imponer convencionalmente otra carga procesal como sería la citación de la empresa afianzadora para condicionar el ejercicio de la acción.

5.3. Procedimiento aplicable para la ejecución

La ejecución de la fianza puede tener dos etapas: la extrajudicial y, de ser necesario, la judicial.

A) Extrajudicial

No existe un procedimiento especial regulado en la LCP ni en el Reglamento. De allí que sea el propio contrato el que prevea el mecanismo extrajudicial para reclamar el cumplimiento de la garantía. Al menos, estimamos que el procedimiento extrajudicial previsto en el contrato, puede consistir en lo siguiente:

- 1) En primer lugar, a través de la sustanciación del debido procedimiento, la Administración debe declarar el incumplimiento del contratista, bien sea del incumplimiento de mantenimiento de la oferta (garantía de la licitación), la utilización del anticipo (garantía de anticipo) o de las obligaciones contractuales, en el caso de la garantía de fiel cumplimiento.
- 2) En el caso de la garantía laboral, debe ponerse en conocimiento a la empresa afianzadora de la condena del pago de beneficios y derechos laborales que ha tenido que enfrentar la Administración.
- 3) Determinado el cumplimiento, debe notificar a la empresa que otorgó la fianza del incumplimiento sobre la ocurrencia del hecho que pueda dar origen al reclamo de la fianza.
- 4) Debe exigirse el pago de la fianza en el plazo fijado en el Contrato.

En este caso, el procedimiento de ejecución es de carácter *extrajudicial*, por lo que bastará la simple notificación del entre contratante dentro del plazo establecido, para que el pago de la fianza sea procedente.

B) Ejecución judicial

Ante el supuesto en el cual el contratista o la empresa aseguradora no cumplan extrajudicialmente con la ejecución de la garantía, una vez constatado el incumplimiento por la Oferente, deberá entonces acudir a la *ejecución por vía judicial* para asegurar la satisfacción del crédito que le corresponde por concepto de la fianza. De esa forma aun cuando el demandado sea una empresa privada (i.e. empresa de seguros o bancos) la ejecución judicial de la garantía será un proceso contencioso administrativo en virtud de que el sujeto demandante será el ente administrativa contratante, lo cual se regirá, por tanto, por las normas de la jurisdicción contencioso administrativo.

i) Jurisdicción competente

En el ámbito de la contratación administrativa, la ejecución de las garantías son demandas judiciales que interponen órganos y entes del Poder Público contra empresas aseguradoras o instituciones bancarias, que bien pueden ser empresas públicas o privadas. En cualquier caso, tratándose de reclamaciones que son interpuestas por órganos y entes públicos, las mismas deben ser conocidas por la jurisdicción contencioso administrativo, según lo establece el artículo 9, numeral 9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (“LOJCA”)²³, la cual atribuye a esa jurisdicción el conocimiento de : *“las demandas que ejerzan la República, los estados, los municipios, los institutos autónomos, entes públicos, empresas o cualquier otra forma de asociación, en la cual la República, los estados, los municipios o cualquiera de las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación decisiva, si es de contenido administrativo”*.

En particular, tratándose la demanda de ejecución de las fianzas de demandas patrimoniales, la competencia se determinará conforme al

²³ Gaceta Oficial No. 39.451 de fecha 22 de junio de 2010.

criterio previsto en la LOJCA según el monto de la fianza demandada y los demás conceptos que se integren a la reclamación (i.e. intereses). Es decir:

- Si la demanda de ejecución de la fianza es hasta 30.000 UT, los órganos competentes serán los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo. (Artículo 25 de la LOJCA).
- Si la demanda es superior a 30.000 UT hasta 70.000 UT, serán competentes los Juzgados Nacionales, cuyas funciones ejercen actualmente las Cortes de lo Contencioso Administrativo. (Artículo 24 de la LOJCA).
- Si la demanda es superior a 70.000 UT, será competente la Sala Político Administrativa. (Artículo 23 de la LOJCA).

ii) Procedimiento aplicable

Será aplicable el procedimiento de las demandas patrimoniales previsto en los artículos 56 y siguientes de la LOJCA, **que es el que corresponde a las demandas que intenten los órganos y entes de la Administración contra los particulares.**

Así lo ha admitido expresamente la jurisprudencia de la SPA, como puede verse en la sentencia No. 00519, de fecha 27 de abril de 2011, en la que la Sala conoció de una demanda por resolución de contrato interpuesta por CVA Empresa Comercializadora de Insumos y Servicios Agrícolas, S.A., una empresa cuyo control accionario es ejercido por el Instituto Autónomo Corporación Venezolana Agraria, adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, contra las sociedades mercantiles Inversiones y Construcciones Sil, C.A. y Universal de Seguros C.A. En su decisión, la Sala indicó: *“la competencia para conocer de la demanda interpuesta, no está atribuida a alguna de las materias especiales, tales como la laboral, la del tránsito o la agraria, y debe ser tramitada de conformidad con lo previsto en los artículos 56 al 64 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, relativos al procedimiento para las “demandas de contenido patrimonial”, con lo cual se considera satisfecha la tercera exigencia bajo análisis.”*

iii) Procedencia de las medidas cautelares. Forma de valoración de los requisitos. Aplicación de prerrogativas de la Administración

La jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa ha sido pacífica y reiterada en la admisibilidad de las medidas cautelares para asegurar la ejecución de las sentencias definitivas que declaren con lugar la demanda de ejecución de fianzas. En ese sentido, se ha tenido especial valoración de los requisitos de procedencia de dichas medidas.

En efecto, en diversas sentencias, dentro de la cual puede citarse la decisión No. 00664 de la Sala Político Administrativa del 6 de junio de 2012, caso: PDVSA vs. Seguros Pirámide, la Sala ha utilizado la aplicación de las prerrogativas procesales de la República previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República,²⁴ para acordar medidas cautelares con la simple verificación de uno de los requisitos de procedencia de esas medidas, sin que sea necesaria la comprobación concurrente de los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

En la mencionada sentencia, la Sala indicó: “*en el caso bajo examen el otorgamiento de la medida solicitada procederá con la constatación en autos de cualquiera de los requisitos mencionados, esto es, fumus boni iuris o periculum in mora, pues no es necesaria la concurrencia de los mismos. (...) Habiéndose demostrado la configuración de uno de los elementos requeridos para la procedencia de las medidas cautelares, esto es, el aludido fumus boni iuris, esta Sala, con base en las consideraciones expuestas y con fundamento en lo previsto en el artículo 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en concordancia con el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con lo contemplado en el ordinal 1° del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, decreta medida preventiva de embargo sobre bienes muebles propiedad de las sociedades mercantiles Construcciones e Inversiones Vesubio, C.A. (CONINVECA) y Seguros Pirámide, C.A., hasta por el*

²⁴ Gaceta Oficial No. 6.210 de fecha 30 de diciembre de 2015.

dobles de la cantidad demandada en el presente proceso, y de una suma igual al treinta por ciento (30%) de dicho monto, por concepto de costas procesales.”

Dicho criterio ha sido igualmente aplicado en los casos de los demás sujetos administrativos que bien por vía legal o por vía jurisprudencial le resultan aplicables tales prerrogativas, tales como los estados, municipios, institutos autónomos y las empresas del Estado. Lo anterior es, por más, criterio vinculante sentado por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia No. 281 del 26 de febrero de 2007, en la que estableció que PDVSA Petróleo, S.A. *“es una empresa del estado beneficiaria de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere tanto a la República Bolivariana de Venezuela como a una serie de entes de derecho público similares”*.

iv) Necesidad de notificar a la Superintendencia de Seguros

Según el artículo 62 de la Ley de la Actividad Aseguradora, *“en caso que alguna autoridad judicial decretare alguna medida preventiva o ejecutiva sobre bienes de las empresas de seguros, oficiará previamente a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora para que ésta determine los bienes sobre los cuales será practicada la referida medida.”*

Por tanto, conforme a esta norma, es la SUDEASEG la que determinará sobre cuáles bienes recae la medida cautelar solicitada por los órganos u entes administrativos que demandaron la ejecución de la fianza, y no la empresa aseguradora propietaria de estos bienes, y fiadora de los contratistas.

v) Pago de intereses en la ejecución de las garantías

La jurisprudencia de la Sala Político Administrativa ha aceptado el pago de intereses una vez que se acuerda la ejecución de las garantías, si éstos no han sido acordados en el contrato de garantías respectivo.

En ese sentido, al decidir en sentencia Nro. 00814 del 31 de mayo del 2007, la Sala estimó procedente el pago de intereses moratorios utilizando *“ (...) una tasa igual al promedio ponderado establecido por el Banco Central de Venezuela, de las tasas pasivas que paguen los*

seis bancos comerciales del país con mayor volumen de depósitos por operaciones de crédito a plazo, no mayores de 90 días calendario”.

En ese sentido, a juicio de la Sala, los referidos intereses deben calcularse mediante experticia complementaria del fallo, **desde la fecha en que le fue requerido a la empresa afianzadora el pago de la fianza ejecutada.**

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CANÓNICO SARABIA, A. Las Garantías en la Contratación Pública. Ley de Contrataciones Públicas. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- DROMI, R. La Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Segunda Edición, Buenos Aires, 1995.
- GARCÍA TREVIJANO GARNICA, Ernesto. Las Garantías en los Contratos Administrativos. Comentario a la Ley de Contratos Administrativos. Civitas, Madrid, 1996.
- MARIENHOFF, M. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III – A, Contratos Administrativos. Teoría general. Tercera Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- PARRA, F. y RODRÍGUEZ, A. Libro homenaje Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años Especialización en Derecho Administrativo. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.

ACUERDOS DE JÚBILO

**POR LA ELECCIÓN
DEL PROF. CARLOS AYALA CORAO,
EL DÍA 17 DE FEBRERO DE 2018,
COMO VICE-PRESIDENTE DE LA COMISIÓN
INTERNACIONAL DE JURISTAS
(GINEBRA-SUIZA),
INDIVIDUO DE NÚMERO
Y MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA
DE LA CORPORACIÓN.**



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

CONSIDERANDO:

Que el día 17 de febrero de 2018 fue elegido como Vice-Presidente de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra-Suiza) el profesor Carlos Ayala Corao, quien es Individuo de Número y miembro de la Junta Directiva de esta Academia;

CONSIDERANDO:

Que el profesor Carlos Ayala Corao fue elegido Individuo de Número de esta Academia el 18 de enero de 2011, habiéndose incorporado a la misma el 08 de mayo de 2012, ocupando desde entonces el Sillón N° 28 de esta Institución; a la cual ha prestado su valiosa y constante colaboración en las áreas del derecho público.

CONSIDERANDO

Que la Comisión Internacional de Juristas es activa en los cinco continentes, y posee estatus consultivo ante la ONU. Integrada por eminentes jueces y abogados de todas las regiones del mundo y tiene como objetivo garantizar el desarrollo progresivo, el respeto y la garantía efectiva de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; asegurar la realización de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos, sociales y ambientales; salvaguardar la separación de poderes; y garantizar la independencia de la judicatura y la profesión jurídica.

CONSIDERANDO

Que el profesor Carlos Ayala Corao se ha desempeñado con brillo y competencia como Presidente de la Comisión Andina de Juristas, Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), Relator para los Pueblos Indígenas de América) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), Miembro Correspondiente del Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado de la Universidad Belgrano, Argentina); y de las Asociaciones de Derecho Constitucional de Argentina, Chile, Colombia y Perú.

CONSIDERANDO

Que la mencionada elección del profesor Carlos Ayala Corao significa un reconocimiento internacional a la ciencia jurídica nacional y un respaldo manifiesto a la lucha por el Estado de Derecho y la promoción y defensa de los derechos humanos en Venezuela.

ACUERDA:

- 1°. Declarar motivo de júbilo para esta Academia tan honrosa designación.
- 2°. Publicar este Acuerdo en el Boletín de nuestra Academia y entregarle al homenajeado copia caligrafiada del mismo.

Dado, firmado y sellado en el Salón de Sesiones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales a los veinte días del mes de febrero de dos mil dieciocho.

En fe de lo cual suscriben

El Presidente,
Gabriel Ruan Santos

El Secretario,
Luciano Lupini Bianchi

**POR LA CELEBRACIÓN
DE LAS IX JORNADAS
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Y PÚBLICO GENERAL. HOMENAJE
DR. ALLAN RANDOLPH BREWER-CARÍAS
SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO
DE DERECHO EN LA CIUDAD DE SANTO
DOMINGO, REPÚBLICA DOMINICANA,
DURANTE LOS DÍAS 6 AL 9
DE NOVIEMBRE DE 2018.**



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

**ACUERDO EN RELACIÓN A LAS IX JORNADAS
DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y PÚBLICO GENERAL:
DR. ALLAN RANDOLPH BREWER-CARIÁS
SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO
SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela en sesión ordinaria del día 6 de noviembre de 2018 acordó realizar el siguiente pronunciamiento:

- Considerando que en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, durante los días 6 al 9 de noviembre de 2018, se estarán celebrando las IX Jornadas Internacionales Dr. Allan Randolph Brewer-Carías, organizadas por la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo (ADA), la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y el Instituto Dominicano de Derecho Constitucional (IDDEC).
- Considerando que el Dr. Allan Randolph Brewer-Carías es un notable miembro de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, desde hace más de 40 años, donde ha sido su Presidente y ha tenido un ejemplar y productivo desempeño.
- Considerando que el Académico Allan Randolph Brewer-Carías durante más de 60 años ha contribuido de manera excepcional con el desarrollo y difusión de la ciencias jurídicas y sociales, no sólo en Venezuela sino fuera del territorio nacional.

- Considerando que el Académico Allan Randolph Brewer-Carías ha tenido un relevante desempeño en como profesor en la Universidad Central de Venezuela y otras universidades del País, así como en España, Francia, Reino Unido, Estados Unidos y otros países y ha sido maestro de varias generaciones de quienes han sido y son hoy importantes juristas de nuestro país.

ACUERDA

1. Expresar sus felicitaciones al notable y distinguido Académico Dr. Allan Randolph Brewer-Carías, y manifestar los buenos deseos de esta Corporación porque continúe en su fundamental labor de aporte doctrinal sobre las instituciones y principios de un Estado social y democrático de derecho y de justicia.
2. Expresar en las personas de la Dra. Belén Ramírez Landaeta, Eduardo Jorge Prats, Servio Tulio Castaños, Paulo Herrera y demás organizadores y patrocinantes del evento, así como a los distinguidos profesores ponentes, el mensaje de felicitaciones de esta Academia por la realización de este tipo de eventos que contribuyen al enriquecimiento de la ciencia del derecho, lo cual es igualmente función de esta Corporación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley que rige sus funciones.
3. Delegar en los Académicos Carlos Ayala Corao, Rafael Badell Madrid y José Antonio Muci la representación de esta Corporación en ese evento, así como la divulgación de este Acuerdo.
4. Entregar copia de este Acuerdo al Académico Dr. Allan Randolph Brewer-Carías.

En la ciudad de Caracas, a los 6 días del mes de noviembre de 2018.

Gabriel Ruan Santos
Presidente,

Julio Rodríguez B
Secretario accidental.

ACUERDOS DE DUELO

**POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL DR. RENÉ DE SOLA,
EL DÍA 19 DE ENERO DE 2018,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE ESTA CORPORACIÓN,
SILLÓN N° 21.**



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO:

Que en la tarde del viernes 19 de enero de 2018 falleció en esta ciudad, el eminente profesor y escritor de Derecho Mercantil y eximio jurista venezolano doctor René De Sola;

CONSIDERANDO:

Que el doctor René De Sola fue elegido Individuo de Número de esta Academia el 15 de octubre de 1959, habiéndose incorporado a la misma el 27 de octubre de 1966, ocupando desde entonces el Sillón N° 21, sucediendo en esa posición a su maestro, el doctor Juan José Mendoza;

CONSIDERANDO:

Que el doctor René De Sola ejerció con brillo la presidencia de esta Corporación entre 1968 y 1970, y que para el momento de su sensible fallecimiento era el Decano de los miembros de esta Institución;

CONSIDERANDO:

Que el doctor René De Sola le prestó a esta Academia permanente y eficaz colaboración en el desarrollo de las actividades que le son propias; siendo un admirable académico, que estuvo pendiente de cumplir sus funciones hasta el último día de su fructífera vida;

CONSIDERANDO:

Que el doctor René De Sola, además de ser un notable académico, fue un egregio y ejemplar abogado y que en su conocida trayectoria de ciudadano, de miembro de varias Academias Nacionales, de profesional del Derecho y de catedrático universitario realizó una destacadísima labor, desempeñando con rectitud y competencia elevadas funciones de gobierno como Ministro de Justicia y de Relaciones Exteriores, actuando además como honesto Magistrado de Instancia y luego como Presidente de la entonces Corte Suprema de Justicia, funciones en las que dictó sentencias que constituyeron precedentes famosos;

CONSIDERANDO:

Que el doctor René De Sola prestó importantes servicios al desarrollo de la legislación nacional, habiendo sido Presidente de la Comisión de Reforma del Código de Comercio y que representó al país como embajador ante la UNESCO con excelencia, responsabilidad y distinción inusuales;

ACUERDA:

1. Declarar motivo de duelo para esta Academia el fallecimiento del doctor René De Sola.
2. Guardar un minuto de silencio en homenaje a la memoria de tan ilustre venezolano en la próxima sesión de la Academia.
3. Divulgar el presente acuerdo y entregar copia del mismo a sus distinguidos familiares.

Dado en Caracas, a los seis días del mes de febrero de dos mil dieciocho.

Gabriel Ruan Santos
Presidente

Luciano Lupini Bianchi
Secretario

**POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL PROF. ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO,
EL DÍA 26 DE ENERO DE 2018,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE ESTA CORPORACIÓN,
SILLÓN N° 30.**



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO:

Que el día 26 de enero de 2018 falleció en esta ciudad, el eminente profesor y escritor de Derecho y eximio jurista venezolano Alberto Baumeister Toledo;

CONSIDERANDO:

Que el profesor Alberto Baumeister fue elegido Individuo de Número de esta Academia el 2 de noviembre de 2004, habiéndose incorporado a la misma el 23 de junio de 2005, ocupando desde entonces el Sillón N° 30, sucediendo en esa posición a Boris Bunimov Parra;

CONSIDERANDO:

Que el profesor Alberto Baumeister ejerció el cargo de Secretario de esta Corporación, y que le prestó a esta Academia permanente y eficaz colaboración en el desarrollo de las actividades que le son propias, mientras el estado de su salud se lo permitió;

CONSIDERANDO:

Que el profesor Alberto Baumeister, además de ser un notable académico, un brillante abogado y un ejemplar ciudadano, fue un extraordinario profesor de Derecho Civil, de Derecho Procesal Civil, de Derecho Mercantil, de Derecho Marítimo, de Derecho Financiero y

de Derecho Agrario, en la Universidad Central de Venezuela, en la Universidad Católica Andrés Bello y en muchas otras universidades de Caracas y del interior del país, así como también del exterior, destacándose como un verdadero “mecenas del derecho”, por la generosidad que lo caracterizó como docente y difusor altruista del conocimiento jurídico;

CONSIDERANDO:

Que el profesor Alberto Baumeister actuó además como honesto y eficiente funcionario judicial en varias jurisdicciones y como profesor de los jueces en la Escuela de la Judicatura, cumpliendo un admirable servicio público;

CONSIDERANDO:

Que el profesor Alberto Baumeister representó la ciencia jurídica del país en numerosos congresos, seminarios, jornadas, encuentros y cátedras universitarias, en Latinoamérica, Europa, Estados Unidos y otras latitudes del mundo, haciendo grandes aportes a la legislación y a la doctrina del derecho comparado;

ACUERDA:

1. Declarar motivo de duelo para esta Academia el fallecimiento del profesor Alberto Baumeister Toledo.
2. Guardar un minuto de silencio en homenaje a la memoria de tan ilustre venezolano en la próxima sesión de la Academia.
3. Divulgar el presente acuerdo y entregar copia del mismo a sus distinguidos familiares.

Dado en Caracas, a los seis días del mes de febrero de dos mil dieciocho.

Gabriel Ruan Santos
Presidente

Luciano Lupini Bianchi
Secretario

**POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL DR. JOSÉ DOMINGO RAY,
EL DÍA 12 DE FEBRERO DE 2018,
MIEMBRO CORRESPONDIENTE EXTRANJERO
DE ESTA CORPORACIÓN,
MAR DEL PLATA – ARGENTINA.**



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE VENEZUELA

CONSIDERANDO

Que el día el día 12 de febrero de 2018, a las 22h, en la ciudad de Mar del Plata, República Argentina, a la edad de 95 años falleció el destacado jurista doctor José Domingo Ray;

CONSIDERANDO

Que el doctor Ray fue un destacado Miembro Correspondiente Extranjero de esta Academia, incorporado en fecha 19 de septiembre de 1995 con un notable trabajo sobre “Distintos enfoques sobre la responsabilidad en el Derecho”;

CONSIDERANDO

Que el doctor Ray fue miembro titular y presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Miembro correspondiente de la Academia Peruana de Ciencias Morales y Políticas, Doctor en Jurisprudencia, mercedor de los Premios “Universitario”, (Medalla de Oro), Alberto Tedín Uriburu y Raimundo J. Salvat (Derecho Civil);

CONSIDERANDO

Que el doctor Ray dedicó su vida en forma destacada al desarrollo, investigación y enseñanza del Derecho Marítimo, como miembro honorario y ex - Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, Vice presidente honorario del Comité Marítimo Internacional (CMI), Profesor titular de Derecho de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y Profesor Emérito de la misma. También como profesor titular en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina;

CONSIDERANDO

Que el doctor Ray siempre mantuvo estrecha colaboración y contacto con nuestro país y esta Academia;

ACUERDA:

1. Declarar motivo de duelo para esta Academia el fallecimiento del doctor José Domingo Ray.
2. Guardar un minuto de silencio en homenaje a la memoria de tan ilustre académico en la próxima sesión de la Academia.
3. Divulgar el presente acuerdo y entregar copia del mismo a sus distinguidos familiares.

Dado en Caracas, a los dieciséis días del mes de febrero de dos mil dieciocho.

Gabriel Ruan Santos
Presidente

Luciano Lupini Bianchi
Secretario

**POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL PROF. FRANCESCO BERLINGIERI,
EL DÍA 06 DE MARZO DE 2018,
MIEMBRO CORRESPONDIENTE EXTRANJERO
DE ESTA CORPORACIÓN,
GÉNOVA – ITALIA.**



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



**LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
DE VENEZUELA**

CONSIDERANDO

Que el día el día 06 de marzo de 2018, falleció el destacado jurista, académico, profesor Francesco Berlingieri, en su amada ciudad natal, Génova, Italia, a la edad de 96 años;

CONSIDERANDO

Que el doctor Berlingieri fue un destacado miembro correspondiente extranjero de esta Academia, incorporado en fecha 06 de noviembre de 2001, con un extraordinario trabajo sobre “*Las Convenciones Internacionales de Derecho Marítimo y su rol en el Derecho interno*”;

CONSIDERANDO

Que el profesor Francesco Berlingieri fue uno de los más destacado juristas especialista en Derecho Marítimo, dedicando su vida a su investigación, promoción enseñanza y unificación;

CONSIDERANDO

Que el profesor Berlingieri fue Presidente del Comité Marítimo Internacional desde 1976 hasta 1991. Miembro Honorario de la Orden del Imperio Británico, Presidente honorario de la Asociación Italiana

de Derecho Marítimo, Doctor Honoris Causa de las Universidades de Boloña, Amberes y Atenas. Miembro honorario de las Asociaciones de Derecho Marítimo del Reino Unido, Estados Unidos de América, así como de otras organizaciones y, Profesor Honorario en Derecho Marítimo Internacional del Instituto de Derecho Marítimo Internacional (IMLI) de la Organización Marítima Internacional (OMI);

CONSIDERANDO

Que el profesor Berlingieri siempre mantuvo estrecha colaboración y contacto con la comunidad jurídica marítima en nuestro país y esta Academia;

ACUERDA:

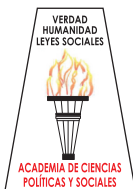
1. Declarar motivo de duelo para esta Academia el fallecimiento del profesor Francesco Berlingieri.
2. Guardar un minuto de silencio en homenaje a la memoria de tan ilustre académico en la próxima sesión de la Academia.
3. Divulgar el presente acuerdo y entregar copia del mismo a sus distinguidos familiares.

Dado en Caracas, a los veinte días del mes de marzo de dos mil dieciocho.

Gabriel Ruan Santos
Presidente

Luciano Lupini B.
Secretario

**POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL DR. HUMBERTO NJAIM,
EL DÍA 05 DE ABRIL DE 2018,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE ESTA CORPORACIÓN,
SILLÓN N° 15.**



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



ACADEMIA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

La Academia de Ciencias y Políticas Sociales

CONSIDERANDO

Que en la tarde del día 5 de abril de 2018 falleció en esta ciudad de Caracas el Dr. Humberto Njaim, quien fue electo Individuo de Número de esta Academia el 7 de octubre de 2003, y se incorporó a la misma el 29 de marzo de 2005, ocupando desde entonces el Sillón N° 15 como Individuo de Número de esta Corporación;

CONSIDERANDO

Que el Dr. Humberto Njaim fue reconocido como constitucionalista y politólogo de pensamiento original, profesor universitario de Ciencias Políticas y de Derecho Constitucional;

CONSIDERANDO

Que el Dr. Humberto Njaim como pensador produjo una obra ensayística original que es una referencia para los politólogos y abogados, en la cual trató materias muy variadas como la teoría política, la interpretación constitucional, el derecho electoral, la corrupción, la interpretación del Derecho y filosofía política, al punto de ser reconocido como un pensador fundamental en dichas materias;

CONSIDERANDO

Que el Dr. Humberto Njaim como intelectual y profesor universitario entendió su vida como un compromiso con la academia, al punto que participó en la creación del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, del que fue Director al reemplazar a su maestro, Manuel García-Pelayo; y fue, también, director del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y Decano de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana;

CONSIDERANDO

Que el Dr. Humberto Njaim, como pensador supo tender un puente entre la Teoría Política y el Derecho Constitucional para interpretar la Constitución;

ACUERDA:

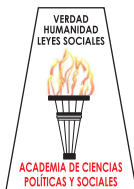
1. Declarar duelo por el fallecimiento del Dr. Humberto Njaim
2. Guardar un minuto de silencio en homenaje a la memoria de tan ilustre venezolano en la sesión de la Academia más próxima a su fallecimiento.
3. Designar al académico Ramón Escovar León para pronunciar unas palabras en memoria de Humberto Njaim en la sesión de la Academia más próxima a su fallecimiento.
- 4.- Emitir el presente Acuerdo y hacer entrega del mismo a sus deudos.

Dado en Caracas, en la Sala de Sesiones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día diecisiete de abril de dos mil dieciocho.

El Presidente,
Gabriel Rúan

El Secretario,
Luciano Lupini Bianchi

**POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL DR. LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA
EL DÍA 02 DE AGOSTO DE 2018,
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE ESTA CORPORACIÓN.**



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



LA ACADEMIA DE CIENCIAS Y POLÍTICAS SOCIALES

CONSIDERANDO:

Que en el día 2 de agosto de 2018 falleció en la ciudad de Porlamar, Estado Nueva Esparta, el ilustre intelectual y jurista venezolano, doctor Luis Henrique Farías Mata;

CONSIDERANDO:

Que el doctor Farías Mata fue destacado Individuo de Número de esta Corporación desde 19 de enero de 2010, a la cual prestó entusiasta, permanente y eficaz colaboración en el desarrollo de las actividades que le son propias;

CONSIDERANDO:

Que el doctor Farías Mata se desempeñó como Decano y Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela; así como también, como profesor emérito y fundador de la Cátedra del Contencioso Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, como profesor de postgrado de la Universidad de Margarita; Vicepresidente de la Universidad Nacional Experimental “Simón Rodríguez” y Presidente del Consejo Superior de la “Universidad Nacional Abierta”; considerado maestro de innumerables generaciones de juristas venezolanos;

CONSIDERANDO:

Que el doctor Farías Mata fue Magistrado emérito y Presidente de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y Magistrado y Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cargos que desempeñó con sabiduría, eficacia y honestidad, dejando una impronta perdurable en los anales de la jurisprudencia del derecho administrativo y del contencioso administrativo venezolano y del derecho de la integración andina;

CONSIDERANDO:

Que el doctor Farías Mata tuvo una destacadísima labor en funciones de gobierno, desempeñándose con rectitud y elevada competencia, como Procurador General de la República y como Vice Ministro de Justicia; y

CONSIDERANDO:

Que el doctor Farías Mata fue un ciudadano ejemplar, adalid de la democracia y del Estado de Derecho, que a través de sus enseñanzas y ejecutorias en sus sentencias, estudios y aportes al derecho administrativo, contencioso administrativo y constitucional en Venezuela, trasciende en sus discípulos como portadores permanentes y sucesivos de los valores humanos y republicanos que generosamente transmitió durante su existencia vital.

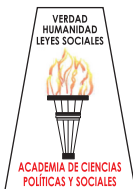
ACUERDA:

1. Declarar motivo de duelo para esta Academia el fallecimiento del doctor Luis Henrique Farías Mata.
2. Guardar un minuto de silencio en homenaje a la memoria de tan ilustre venezolano en la próxima sesión de la Academia;
3. Divulgar el presente acuerdo y entregar copia del mismo a sus distinguidos familiares. Dado en Caracas, a los seis (6) días del mes de agosto de dos mil dieciocho (2018).

El Primer Vicepresidente;
Humberto Romero-Muci

El Secretario,
Luciano Lupini Bianchi

**POR EL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL DR. ENRIQUE LAGRANGE SOCORRO
EL DÍA 09 DE OCTUBRE DE 2018
INDIVIDUO DE NÚMERO
DE ESTA CORPORACIÓN, SILLÓN N° 34.**



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CONSIDERANDO:

Que en el día 9 de octubre de 2018 falleció, en la ciudad de Caracas, el ilustre intelectual y jurista venezolano, doctor Enrique Lagrange;

CONSIDERANDO:

Que el doctor Lagrange fue un destacado Individuo de Número de esta Academia desde el año 1999, ocupando el sillón No. 34, a la cual prestó entusiasta, permanente y eficaz colaboración en el desarrollo de las actividades que le son propias, llegando a formar parte de su Junta Directiva y a ocupar el cargo de Presidente;

CONSIDERANDO:

Que el doctor Lagrange se desempeñó, durante muchas décadas, como Profesor de Derecho Civil II (Bienes y Derechos Reales), de Derecho Civil III (Obligaciones) y de Derecho Civil IV (Contratos y Garantías), Jefe de la Cátedra de Derecho Civil y Director del Centro de Estudios para Graduados, así como Miembro del Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela; considerado maestro de muchas generaciones de juristas venezolanos;

CONSIDERANDO:

Que el doctor Lagrange fue un ciudadano ejemplar, quien, a través de sus enseñanzas, estudios y aportes al derecho civil, contribuyó de manera importante a la ciencia jurídica; y quien, a lo largo de su vida, sostuvo y transmitió valores humanos y republicanos;

CONSIDERANDO:

Que el doctor Lagrange tuvo un importante desempeño en el sector público, actuando con rectitud y elevada competencia, desde 1963 hasta 1966, como abogado de la Procuraduría General de la República; en 1965, como abogado del Banco Central de Venezuela; en 1976, como abogado en Menevén; desde 1992 hasta 1998, como Primer Suplente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; y, en 1993, como Miembro del Consejo de Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores; y

CONSIDERANDO:

Que el doctor Lagrange fue un destacadísimo abogado en ejercicio, caracterizado por su sabiduría y honestidad.

ACUERDA:

1. Declarar motivo de duelo para esta Academia el fallecimiento del doctor Enrique Lagrange.
2. Guardar un minuto de silencio en homenaje a la memoria de tan ilustre venezolano en la próxima sesión de la Academia;
3. Divulgar el presente acuerdo y entregar copia del mismo a sus distinguidos familiares.

Dado en Caracas, a los once (11) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Presidente
Gabriel Ruan Santos

Primer Vicepresidente
Humberto Romero-Muci

Secretario,
Luciano Lupini Bianchi

IN MEMORIAM

**PALABRAS PRONUNCIADAS
POR EL DR. ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ
EN EL ACTO DE HONRAS FÚNEBRES
DEL DR. RENÉ DE SOLA,
EL DÍA 21 DE ENERO DE 2018.**

Quienes fuimos los organizadores de todas las Jornadas de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello, en 1978, en 1988 y en 2008, siempre promovimos la presencia del Dr. René De Sola con el propósito de homenajear su constante dedicación al desarrollo de la ciencia jurídica comercial y reconocer los esfuerzos que hizo para colocar la reflexión intelectual en esta disciplina al más alto nivel.

Tuve que convencerlo que estas iniciativas no eran exclusivamente mías, sino que ello era algo espontáneo promovido por otras generaciones de profesores, que querían poner de relieve como la influencia del pensamiento del Profesor René De Sola había significado un cambio de rumbo, una rectificación o un descubrimiento en el curso de sus investigaciones o de sus explicaciones en clase.

La trascendencia del Profesor René De Sola sobre las generaciones de mercantilistas venezolanos se debía, en parte, a que él tenía una personalidad renacentista, culta y refinada, versátil y docta, respetuosa de la erudición y de la sabiduría, dedicada a la búsqueda permanente de la verdad a través de la racional y progresiva interpretación del derecho y de nuevas formas de belleza por medio de sus ensayos literarios. Su vivencia francesa y su admiración por la cultura gala aumentaron su inquietud renacentista, pero René De Sola no era un renacentista cualquiera, sino un renacentista ilustrado.

Recuerdo con precisión que al compartir nuestra común admiración por la Edad Media como larga época de gestación del derecho mercantil que todavía explicábamos en clase, coincidíamos en criticar el exceso renacentista que se proponía recuperar y revitalizar la cultura grecorromana, dando por supuesto que los valores de esta cultura habían sido desconocidos y menospreciados por la cultura medieval. Ambos habíamos leído que esta interpretación global de la Edad Media como una etapa histórica en la que la corriente cultural clásica ha sido

interrumpida, desemboca en los juicios más negativos sobre el Medioevo. Estos juicios llegan hasta considerar la Edad Media como una época de barbarie, de oscurantismo, de tinieblas, de superstición e irracionalidad, de inhumanidad y desconocimiento del hombre, de desorganización y caos social. Ambos estábamos de acuerdo en que estos juicios encubren uno de los peores errores históricos que el hombre puede cometer: negar u olvidar intencionalmente su propio pasado. Era como si la Edad Moderna pretendiera negar los siglos del Medioevo, ponerlos entre paréntesis y dar un salto histórico retrospectivo para empalmar los nuevos tiempos con los siglos que los renacentistas consideran como la última etapa de la genuina cultura grecorromana.

René De Sola fue uno de los juristas que mayor influencia ha ejercido en su país, a través de su obra y de su ejemplo. Brillante estudiante universitario, tempranamente incorporado a la docencia, pulcro magistrado en los inicios y en la plenitud de su carrera, muy pronto se divulgó la buena fama de sus opiniones y de sus pareceres. Después de haber hecho exitosos estudios de doctorado en París, regresó a Venezuela con una tesis de grado sobre la comercialidad de las operaciones inmobiliarias que chocaba con la *communis opinio* entonces prevaleciente, pero que recogía el progreso de la ciencia jurídica europea. Muy pronto, su opinión encontró consagración en la doctrina de casación y desde entonces nadie discute la idoneidad de la tesis de De Sola. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales puso en circulación una nueva edición de este clásico de la investigación jurídica venezolana con unas palabras más preliminares.

René De Sola enseñó Derecho Mercantil en la Universidad Central de Venezuela, en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Santa María. En esta última universidad se desempeñó como Decano de la Facultad de Derecho. Al mismo tiempo que enseñaba, con atractiva elocuencia, realizó varias investigaciones que culminaron en ensayos sobre el régimen de las obligaciones y de los contratos, sobre materia cambiaria y sobre problemas societarios que se transformaron en textos básicos de aprendizaje en las aulas y en auxiliares del ejercicio profesional de la abogacía. René De Sola tiene el mérito de haber introducido en las aulas el conocimiento y la discusión de las más modernas teorías sobre los títulos valores invocando el atractivo de las

enseñanzas de Ascarelli que resumían entonces la interpretación italiana de la ciencia jurídica alemana; y tiene también el mérito de haber introducido a sus alumnos al conocimiento de las más progresistas tesis sobre las sociedades comerciales, mostrando las cuestionadoras posturas contenidas en el iluminado libro de Ripert *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*. Estos logros hubieran sido más que suficientes para conferirle un lugar de honor entre los jurisconsultos del país, pero él decidió extender su actividad mucho más allá: pulcro y promotor de la pulcritud en el ejercicio de la judicatura, René De Sola abogó desde muy joven por la creación de un Consejo Superior de la Magistratura; creó la Policía Técnica Judicial cuando le tocó ejercer el Ministerio de Justicia; presidió la Comisión de Reforma del Código de Comercio; y fue electo por sus pares Presidente de la Corte Suprema de Justicia, luego de desempeñarse en la presidencia de la Sala Político-Administrativa del mismo tribunal. Todo esto, después de haber cumplido jornadas de defensa de la libertad y de haber procurado el establecimiento del estado de derecho que se inició en Venezuela en 1958.

A lo largo de su carrera, René De Sola se hizo conocido por su cultura, por su inclinación a encontrar soluciones equilibradas y a revestir sus escritos con lenguaje correcto y armonioso. Por ello pudo decir Arroyo Lameda: *en todos los escritos suyos se observa la aportación de una vasta cultura, lo cual lo salva del estrecho especialismo y lo capacita para interesarse y hasta vibrar al contacto de múltiples formas de la actividad humana*. Alejandro Lasser, también culto escritor y abogado, observa que *a De Sola, cuando va a resolver un caso de derecho, lo que más le preocupa es dar con la solución equitativa y justa, antes que con la legal, puesto que no siempre la ley y la justicia transitan el mismo camino. Lo que a él le interesa es desentrañar el derecho vivo que se oculta en los hechos y que a menudo es sofocado por la letra escrita*.

La inclinación de René De Sola por la elegancia de la escritura no se podía limitar al estrecho espacio de la investigación jurídica. Autor, muy joven aún, de la galardonada obra *Al encuentro de Cecilio Acosta*, merece que Arturo Uslar Pietri lo describa como alguien que *metido en su severa disciplina jurídica, deja abierta la ventana nocturna para asomarse al rumor de los misterios de la palabra como instrumento de liberación*; publica varios meritorios ensayos literarios; traduce del

francés obras de teatro, entre las cuales una de Ionesco, de dificultades técnicas y de signo iconoclasta; accede a la Academia Venezolana de la Lengua y es electo Director de la misma. Desde esta atalaya, René De Sola percibe el grave deterioro de la lengua castellana en el país, que llega a límites de perversión en la primera década del siglo XXI, que abarca el lenguaje hablado y escrito y se introduce en las sentencias, en las leyes y hasta en la propia Constitución. En el ensayo *La lengua y el derecho* De Sola combate uno de los usos más extendido por los malos ejemplos recientes, el de ignorar el buen empleo de los términos genéricos. Dice De Sola: *en el idioma castellano los términos llamados genéricos (tales como hombres, habitantes, candidatos) aunque tengan formalmente una connotación masculina, comprenden a todas las personas, tanto del sexo masculino como del sexo femenino. Sería, por tanto, absolutamente contrario a las reglas gramaticales del idioma y a las concepciones jurídicas de nuestra época, que alguien pretendiera darle una interpretación restrictiva a las normas que se acojan a las formas genéricas del sustantivo.* Por cierto que el 29 de enero de 2008, el abogado, académico y lingüista Alexis Márquez Rodríguez, después de afirmar que la muestra más grotesca del mal uso de los genéricos se encuentra en la Constitución de 1999; y advertía en la página 24 del periódico Tal Cual que el prejuicio feminista contra el uso de los genéricos masculinos era infundado, porque si se observa bien, probablemente los genéricos femeninos son mayoría y citaba los ejemplos de la gente, la juventud, la infancia, la adolescencia, la ciudadanía, la multitud, la muchedumbre, la concurrencia, la nómina, la burguesía, la oligarquía, la población, la fanaticada, la feligresía, las personas.

Una actuación resaltante de René De Sola en la vida pública fue su incursión en la diplomacia: después de haber desempeñado con elegancia y distinción el Ministerio de Relaciones Exteriores, estuvo al frente de la Delegación Permanente de Venezuela ante la Unesco en París, distinguiéndose como Presidente del Grupo Latinoamericano y del Caribe y como Presidente del Comité Jurídico de esta organización internacional, delegado de Venezuela en diecisiete conferencias generales de la Unesco y Presidente del Grupo de Trabajo para revisar el Reglamento de la Conferencia General, habiendo merecido la medalla

del Quincuagésimo Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La presencia de Venezuela, representada por De Sola en los organismos de la Unesco, fue abruptamente interrumpida por el actual gobierno de Venezuela.

Profesor René De Sola, como le dije públicamente en las III Jornadas de Derecho Mercantil de la UCAB en 2008, usted contribuyó a precisar la dignidad del perfil del derecho mercantil en el conjunto de la ciencia del derecho y nos enseñó que es, ante todo, obligación de nosotros los mercantilistas resaltar la altura social de nuestra disciplina. No tanto para defender el papel de cultores de una parcela del conocimiento, de la actividad de investigación que llevamos a cabo y de la docencia que impartimos, sino para poner de relieve que la función del derecho mercantil ha sido, históricamente, una función equilibradora de las relaciones económicas y precursora de soluciones humanistas a controversias propias de las contraposiciones de intereses que surgen en la vida social. Las ideas y las teorías del derecho mercantil tienen tanta dignidad y elevación como cualquier otra idea o teoría científica, así como la actividad económica (que no otra cosa es lo mercantil) tiene el más alto valor como función productiva de los bienes y servicios que requiere la sociedad. La idea de que al hombre había que separarlo del manejo directo de la economía hasta que no se convirtiera en un “hombre nuevo”, así como para eliminar el elemento de “lucro” y hacer de la economía una actividad más productiva, más exitosa y más justa en manos del estado tuvo su más reciente fracaso en el derrumbe de las economías socialistas de la Unión Soviética y ahora se hace presente en nuestra trágica realidad. La idea, en cambio, de que una justa ganancia incentiva la investigación, el avance científico, la producción, el equilibrio en las relaciones sociales, tiene su representación en la Europa de hoy, en los Estados Unidos de América de hoy, en el Chile de hoy, en el Japón de hoy, con un capitalismo no precisamente “salvaje” —el capitalismo salvaje no existe en esos sitios ni tampoco existió en Venezuela— sino sometido a una coraza de normas de derecho mercantil para prevenir o castigar sus abusos. El triunfo de la democracia sobre el totalitarismo y el triunfo paralelo de la economía de mercado sobre la economía planificada ha sido también el triunfo del derecho mercantil como marco de la regulación de la actividad económica.

En una época muy lejana yo trabajé muy cerca del Dr. René De Sola: era él en 1949 Juez Primero de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal y yo uno de los supernumerarios, escribiente sin sueldo. Se desocupó un cargo de escribiente y varios aspirábamos a ser nombrados. El Dr. De Sola me llamó y me dijo: “Bachiller, no lo voy a nombrar a usted. Un compañero suyo se gradúa ahora en julio y necesita hacer unos gastos, entre ellos comprar un fluxecito para el día del grado. Después lo nombro a usted”. Todos en el Tribunal fuimos conmovidos por el sentido humano del Juez De Sola.

Profesor René De Sola, cuando usted dictaba clases no existía Internet ni tampoco había redes sociales, pero había adhesión a principios y reglas, milenarias unas, centenarias otras, que nos enseñaban que el derecho es un producto cultural, representa una forma de organizar la sociedad y refleja los valores superiores cuya estimación prevalece en la comunidad.

Muchas instituciones, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, las universidades del país, la Sociedad de Derecho Mercantil cuya presidencia honoraria ejerzo, quienes fuimos sus discípulos o tuvimos el privilegio de ser sus amigos lo vamos a echar de menos, porque todos reconocemos su fructífera vida, una vida dedicada a la enseñanza y al cultivo de las ciencias jurídicas, a la celebración de las letras, a la diplomacia, al servicio público, a la elegancia del saber y al buen ejemplo.

**PALABRAS PRONUNCIADAS
POR EL DR. EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN
EN LA SESIÓN ORDINARIA DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
EL DÍA 13 DE FEBRERO DE 2018,
CON MOTIVO DEL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL DR. RENÉ DE SOLA.**

RENÉ DE SOLA

Durante casi 60 años el nombre de René De Sola estuvo unido al de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Fue electo individuo de número en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1959 y se incorporó el 27 de octubre de 1966, ocupando desde entonces el Sillón No. 21. Por ello -y por derecho- le llamamos el “Decano de los Académicos”, título afectivo que fue bien recibido por su legítimo portador. Habiendo sido electo durante el primer cincuentenario de existencia de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, René De Sola fue nuestro enlace con los fundadores y el eslabón entre las dos mitades del primer centenario de la Academia. Sus casi 60 años de carrera académica solo son superados por los casi 62 años de carrera académica del doctor Cristóbal L. Mendoza, uno de los académicos fundadores.

El doctor René De Sola fue hijo de don Jacobo De Sola y doña Luisa Ricardo de De Sola. Nació en Caracas el 10 de septiembre de 1919 y residió de niño en la casa marcada con el No. 157 entre las esquinas de Las Palmitas y Las Piedras, junto con sus padres, tres hermanos y una hermana. Sus dos hermanos mayores fueron de los primeros en jugar béisbol en Venezuela. Su padre fue comerciante que mantenía operaciones en Caracas y en la ciudad de Nueva York bajo la firma *De Sola Brothers*. Cursó sus estudios primarios en la *Deutsche Schule*, “cuya sede era una casa de una sola planta, ubicada entre las esquinas de Gorda y Mercaderes de la vieja Caracas” y el bachillerato lo cursó en el Colegio Sucre del insigne educador doctor J.M. Núñez Ponte, a quien siempre testimonió el respeto y el agradecimiento del alumno aventajado. Comenzó a publicar sus primeros artículos a los doce años de edad en los diarios caraqueños *La Religión*, *El Sol* y *El Heraldo*, para luego ser colaborador de *El Nuevo Diario*, entonces dirigido por el académico

José Gil Fortoul. Se recibió de Doctor en Ciencias Políticas en la Universidad Central de Venezuela el 6 de agosto de 1943, presentando una tesis sobre las “Bolsas de Comercio”, habiendo realizado sus pasantías con su profesor de Derecho Mercantil, el doctor Carlos Morales, quien fuera miembro de esta Academia y por quien siempre expresó la mayor admiración.

Contaba De Sola que con apenas 16 años de edad había participado como precoz reportero en una “rueda de prensa” del presidente López Contreras en el Palacio de Miraflores. Fue un hombre político que sirvió al país como Ministro de Justicia y de Relaciones Exteriores. Destacó en la Diplomacia como Embajador ante la UNESCO y como Juez de Instancia en lo Civil y Presidente de la Corte Suprema de Justicia. No dejó de preocuparle el tema del Esequibo y la defensa de los derechos e intereses del país. Fue un hombre profundamente culto que disfrutó de la literatura y que gozaba de la buena conversación. Además de gastrónomo, el doctor De Sola fue un gran jugador de dominó, juego este que practicaba regularmente y que formaba parte de su receta para conservar una maravillosa memoria, junto con “una cucharadita de miel de abejas” para la longevidad. ¡La receta funciona!

Sus escritos y su trayectoria demuestran una constante preocupación por la Universidad venezolana como núcleo de progreso y de conocimiento. El ideario de Cecilio Acosta, sobre quien escribiera un ensayo que mereció el Premio Andrés Bello, otorgado por la Academia Venezolana de la Lengua en 1941, resume también la visión de De Sola: “Una universidad que no es reflejo del progreso, es un cadáver que sólo se mueve por las andas”. Fue un sabio profesor de Derecho Mercantil y sus apuntes de clases sirvieron para enseñar el funcionamiento de la letra de cambio a decenas de generaciones de estudiantes de Derecho. Nos enseñó con pasión su vocación por el Derecho Comparado, de cuya disciplina fue uno de los grandes propulsores en Venezuela. Sus ensayos jurídicos tuvieron gran influencia en el pensamiento venezolano, en especial su estudio doctoral presentado en París acerca de la comercialidad de las operaciones inmobiliarias en Venezuela, que también sirvió de génesis a la tesis que el mismo doctor De Sola postulara muchos años después como “la interpretación progresiva de la ley”, para así materializar la “función creadora de la jurisprudencia”.

Tuve la fortuna de contar con su consejo desde muy temprano en mis estudios de Derecho, cuando frecuentaba su residencia para estudiar junto con su hijo Ignacio y otros queridos compañeros de aulas. No solo aprendimos temas jurídicos con él, sino que constantemente nos enseñó lecciones para la vida. Recuerdo que una noche, luego de cenar, nos dijo que se retiraba porque tenía que prepararse para una entrevista que le harían muy temprano por la mañana del día siguiente en el programa de televisión de Sofía Imber y Carlos Rangel. Con él nada quedaba a la improvisación. En otra ocasión en la que discutíamos un problema jurídico en su oficina en Sabana Grande nos dijo que la primera respuesta debía ser la que nos daba nuestro sentido de lo justo y que luego buscáramos el soporte jurídico a nuestro sentimiento. “Casi siempre coincidirán”, nos decía el doctor De Sola.

Fue académico fiel cumplidor de sus compromisos y hombre puntual por educación. Ejerció con eficiencia la presidencia de nuestra Academia entre 1968 y 1970. Para los académicos fue siempre un inmenso honor encontrarlo y saludarlo en el Palacio de las Academias. Cuando le propuse que fuera él quien diera el discurso de orden en el acto de conmemoración del centenario de la fundación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, tan solo me pidió verificar en su calendario la fecha de la próxima celebración de la Primera Comunión de su bisnieto René. Una vez confirmado que no había colisión de fechas, de inmediato asumió su tarea con total entrega y satisfacción. Cada semana que siguió conversamos con entusiasmo acerca de sus avances y a menudo le visitaba en su Despacho en Sabana Grande. Su buen humor y su don de buen conversador hicieron de esas reuniones ratos muy agradables. Su discurso de orden dejó constancia de su apego a la Academia, a los académicos y a las tareas de la Academia. Además sirvió para recordar el inmenso compromiso que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales tiene con el país. Su discurso es un testimonio de vida académica.

Fue un hombre que vivió con alegría e intensidad. Sus hijos, sus nietos y sus bisnietos, hoy dispersos por el mundo, son herederos de un hombre excepcional al que habremos de recordar con inmenso aprecio. Hace tan solo unos meses nos deleitó con su famosa receta del *choucroutte de Estrasburgo al vino chablis*, plato con el que nos obsequió en el almuerzo de celebración de 98° cumpleaños.

Al recibir la noticia de su fallecimiento, de inmediato me invadió la tristeza por la desaparición de un querido amigo, pero al asistir a su funeral dos días después y al saludar a sus hijos, nietos y amigos, sentí que participaba de la celebración de la vida y obra de un gran ciudadano y ejemplar académico venezolano. Sirva el ejemplo del doctor De Sola para iluminar el camino de tantos hombres y mujeres de bien que, tal como él hizo desde su juventud, luchan con tesón por alcanzar una Venezuela en la que impere la Democracia, el Estado de Derecho y la Justicia.

El pasado viernes 19 de enero del año en curso falleció en Caracas el doctor René De Sola.

**PALABRAS PRONUNCIADAS
POR EL PROF. GABRIEL RUAN
EN LA SESIÓN ORDINARIA DE
LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES
EL DÍA 13 DE FEBRERO DE 2018,
CON MOTIVO DEL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL PROF. ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO.**

PALABRAS PARA ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

Alberto Baumeister, como ha sido ya destacado por muchas personas, fue un hombre polifacético. Profesor e investigador universitario desde su juventud, en el Derecho Civil, en el Derecho Mercantil, en el Derecho Registral, en el Derecho Marítimo, en el Derecho Procesal, en el Derecho Tributario, en el Derecho Constitucional, en el Derecho de Familia y Menores y en el Derecho Agrario, habiendo producido una relevante obra escrita caracterizada por el enfoque monográfico, muchas veces tópico, actual y realista de los temas abordados por él. Fue editor de importantes revistas jurídicas, desde las cuales difundió sin mezquindad la obra de sus colegas. Fue un talentoso y hábil litigante en casi todas las áreas del derecho privado, y no pocas veces frente a la Administración Pública, siendo ponderado por sus colegas como un extraordinario abogado. Fue juez en las jurisdicciones civil y mercantil, agraria, de menores y en la Sala de Casación Civil, en rol accidental o de suplencia, pues sus múltiples ocupaciones nunca le permitieron seguir la carrera judicial, lamentablemente, pues habría sido un ejemplo edificante para sus colegas. Fue un fuerte y dinámico polemista en la defensa del derecho de propiedad y en general de los derechos del ciudadano, lo que lo llevó muchas veces a los tribunales y a la prensa, para enfrentar a los enemigos de los derechos individuales y de las instituciones destinadas a protegerlos, en la política contemporánea.

El ejercicio profesional lo llevó a adentrarse en el Derecho de los Seguros, a fin de propiciar el desarrollo de sus instituciones y de su estudio en Venezuela, que para la época en que él se inició era una materia escasamente regulada en el país. De la mano del Maestro Roberto Goldschmidt, quien fundó la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros, se encargó de la organización y la presidió por muchos años.

En especial, trabajó contemporáneamente el Derecho de Seguros con el Derecho Marítimo, siendo titular por muchos años de la cátedra de Derecho de Seguros Marítimos.

En su experiencia internacional, Baumeister no hizo menos, puso muy en alto a nuestro país, a través de sus enseñanzas en Bolivia, Argentina, El Salvador, Chile, Cuba, México, Uruguay, Guatemala, Costa Rica, Estados Unidos, España, Francia, Marruecos, Portugal y Colombia; países en los cuales dictó múltiples cursos, conferencias y ha presentado sólidas y enjundiosas ponencias en materia mercantil, de seguros, procesal, constitucional, etcétera.

Sin embargo, lo que más siento necesidad de destacar en este momento es la generosidad demostrada por Alberto Baumeister en la enseñanza y en la divulgación gratuita de sus conocimientos, sobre todo en las áreas del país más carentes de cultura y de nivel universitario, para la instrucción y formación de sus profesionales. Como dijo en anterior homenaje, el doctor Serviliano Abache; “Baumeister, siguiendo su más activa naturaleza, buscando siempre nuevos retos y horizontes, no se ha limitado a dar clases en las universidades caraqueñas, sino todo lo contrario. Ha sido su constante afán de divulgación universitaria en el interior del país, una de las labores que más ha identificado la trayectoria académica de Baumeister a lo largo de sus más de sesenta años de enseñanza, como da cuenta de ello su vasto recorrido por las universidades y colegios de abogados en toda la geografía nacional”. En esta noble labor de promotor y mecenas de la enseñanza universitaria, Alberto tuvo un gran aliado en el padre jesuita Fernando Pérez Llantada y en el personal de la Universidad Católica Andrés Bello, institución de la cual egresó como abogado y de la cual nunca se ha distanciado, siendo uno de sus más ilustres hijos.

En la misma línea, Baumeister dedicó mucho de su valioso tiempo a la enseñanza de los jueces en la Escuela de la Judicatura, en la Asociación de Jueces, en los colegios de abogados de todo el país y en la Escuela de la Magistratura, en el empeño por mejorar la calidad de su formación y por consiguiente de su trabajo. A pesar de los tiempos decadentes que vive el Poder Judicial en Venezuela, debemos tener la esperanza de que su siembra haya dejado huella.

En lo personal, deseo señalar la humildad de Alberto Baumeister en la adquisición de nuevos conocimientos y en el reconocimiento de lo que otros podíamos aportarle. Recuerdo que Alberto, siendo ya un veterano profesional del derecho, se inscribió y cursó como alumno en la primera edición de la Especialización de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello, que se dictó en las aulas del Colegio San Ignacio. Allí, profesionales más jóvenes que él como era yo, el abogado Federico Araujo y el doctor Humberto Romero-Muci, fuimos sus profesores en la disciplina tributaria. Enorme compromiso. En su propósito estaba no solamente adquirir más conocimientos, sino contribuir con su participación desde el pupitre a darle prestigio al curso de postgrado que se iniciaba en su querida UCAB.

Alberto se ha ido, pero ha quedado su legado, que nos corresponde difundir.

Esta Academia honrará siempre su memoria y personalmente siempre lo recordaremos.

Paz a su alma.

**PALABRAS PRONUNCIADAS
POR EL DR. LUIS COVA
EN LA SESIÓN ORDINARIA
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES
EL DÍA 20 DE FEBRERO DE 2018,
CON MOTIVO DEL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL PROF. JOSÉ DOMINGO RAY,
MIEMBRO CORRESPONDIENTE EXTRANJERO
POR ARGENTINA DE ESTA CORPORACIÓN.**

MI AMIGO JOSÉ DOMINGO RAY

Sabiduría, gentileza, honorabilidad, sencillez y amistad son cualidades difíciles de aglomerar en una sola persona, pero cuando esto ocurre, nos encontramos frente a un ser cuya partida no se llora o lamenta, sino que se convierte en momento de visualizar la profunda huella que su dilatada y luminosa vida deja tras de sí. Tal es el caso de mi gran amigo, José Domingo Ray, Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, Miembro Correspondiente Extranjero de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, fallecido el pasado 12 de febrero de 2018, en su querida Mar del Plata, Argentina, a la edad de 95 años.

Una estrecha amistad me unía a “Pepe” Ray, como cariñosamente le llamábamos, amistad que trascendió a nuestras familias, nuestros países, nuestras academias, nuestras universidades y nuestras asociaciones nacionales de Derecho Marítimo. Así fue, durante todos esos años de amistad, Pepe Ray se convirtió en gran amigo de Venezuela, de la Universidad Central, de esta Academia y de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, dejando un legado para cada uno de ellos.

Nos conocimos en el año 1977, en la XXXI Conferencia del Comité Marítimo Internacional (CMI), celebrada en Río de Janeiro, a la cual había viajado a pedir la afiliación de la que, en ese entonces, se denominaba, Comité Marítimo Venezolano (CMV), hoy Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM), la cual había recién fundado, conjuntamente con un grupo de maritimistas patrios. En esa conferencia conocí a los más notables juristas en el ámbito del Derecho Marítimo, entre ellos, además de Ray, a quien para esa época era su Presidente, hoy todavía activo, al Profesor de la Universidad de Génova, Francesco Berlingieri, también miembro correspondiente de nuestra Academia, por Italia.

Ese mismo año 1977, ambos ilustres maestros del Derecho Marítimo, visitaron por primera vez nuestro país, atendiendo la invitación que le hiciera, tanto el recién fundado Comité Marítimo Venezolano, como la Especialización en Derecho Mercantil de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, bajo la coordinación en esa época de la profesora Tania González Bolívar, prestigiando con sus presencias las Primeras Jornadas de Derecho Marítimo que se realizaron en Venezuela.

Desde entonces, el doctor Ray se convirtió en asiduo visitante, amigo y colaborador en la divulgación y desarrollo del Derecho Marítimo, siempre empeñado en su unificación y autonomía.

En 1980 participamos en una conferencia conjunta sobre el Código Marítimo Uniforme, en el Seminario Internacional del CMI, organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo en la Isla de Margarita.

A comienzos de los años ochenta, atendiendo el pedido que nos hiciera, quien fuera presidente de esta Academia y Director del Instituto de Derecho Privado de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, el doctor Leopoldo Borjas Hernández, quien había celebrado, a nombre de ese Instituto, con el Congreso Nacional, un Convenio para redactar los proyectos de leyes de reforma de nuestro vetusto decimonónico Código de Comercio de 1904, comenzamos a trabajar en lo correspondiente al Libro II del mismo, el cual regulaba el comercio marítimo, calcado del también libro II del Código de Comercio Francés de 1807, denominado "*Leyes Particulares del Comercio Marítimo*", inspirado en las Ordenanzas de Colbert de 1681.

Era imperativo la reforma de ese Libro II de nuestro Código, pues regulaba un hecho técnico ya desaparecido, la navegación a vela, no estando a tono con los avances en las leyes que regulaban la navegación por agua, especialmente las convenciones del siglo XX, elaboradas y promulgadas a instancia del Comité Marítimo Internacional.

Ante ese pedido del doctor Borjas Hernández, le pedí al doctor José Domingo Ray, nos asesorara en esa labor, habiendo sido él, uno de los proyectistas de la Ley de Navegación Argentina de 1973, la cual, había actualizado el también decimonónico Código de Comercio argentino. Pues bien, con su ayuda, pudimos, redactar el Proyecto de Ley

Orgánica de la Navegación y Comercio por Agua (PLONCA), el cual presentamos al Congreso Nacional en el año 1987, con la presencia del doctor Ray.

Es importante aquí destacar, que el PLONCA, fue la base de la vigente Ley de Comercio Marítimo y de las otras leyes, dictadas en el 2001, las cuales lograron que nuestra regulación del derecho de la navegación saliera del Siglo XIX y entrara en el siglo XXI. La diferencia era que el PLONCA, como la Ley argentina de 1973, abarcaba en un solo cuerpo normativo todos los campos de la navegación, mientras que las leyes venezolanas, para bien o para mal, dividieron la materia en casi una decena de leyes autónomas.

Por otra parte, en 1995, como Coordinador de la recién creada Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, invité al doctor Ray a dictar la clase inaugural de la misma, ocasión a la que asistió con gran entusiasmo.

En ese mismo año de 1995, el doctor Ray, quien era un gran académico, se incorporó como Miembro Correspondiente Extranjero a esta Academia, habiendo sido propuesto como tal por nuestro recordado académico y también “Pepe”, el doctor José Melich Orsini, con un trabajo sobre *“Distintos enfoques sobre la responsabilidad en el Derecho”*, que aun siendo el doctor Ray especialista en Derecho Marítimo, su gentileza prevaleció en tal ocasión, al escoger un tema de Derecho Civil que, según sus propias palabras de ese día: *“... puede ser de mayor interés para los señores académicos que si expusiera sobre el que se me sugirió del “derecho de la navegación y comercio exterior. A ello me referí en el día de ayer al inaugurar el Curso para graduandos que dirige el profesor Cova Arria”*.

Fue también Miembro Titular y Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Miembro Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Miembro Correspondiente de la Academia Peruana de Ciencias Morales y Políticas.

Doctor en Jurisprudencia, recibió los Premios “Universitario”, (Medalla de Oro), Alberto Tedín Uriburu y Raimundo J. Salvat

(Derecho Civil). Fue Profesor Titular de Derecho de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y Profesor Emérito de la misma. También fue Profesor Titular en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

En el ámbito marítimo se destacó como Miembro Honorario y ex-Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, Vice presidente honorario del Comité Marítimo Internacional (CMI), Miembro de la Asociación de Derecho Comparado y experto designado por los organismos de la Organización de las Naciones Unidas, Organización Marítima Internacional y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

En el año 2005, con ocasión del Centenario de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, se presentó un libro en su homenaje, en la Ciudad de Buenos Aires, cuya presentación, tuve el honor de hacer.

Fueron incontables los encuentros alrededor del mundo con Pepe Ray, con ocasión de Congresos y Seminarios del CMI, siempre dedicado a la promoción y desarrollo del Derecho Marítimo. Anécdotas, enseñanzas y sobre todo muestras de afecto vienen a mi memoria reiteradamente, recordándolo como el gran ser humano que fue, brindándome siempre su apoyo y experiencia.

Esos encuentros sirvieron también para estrechar lazos familiares. Su bella y recordada esposa, Babe, quien siempre lo acompañó hasta su muerte y quien cultivó una entrañable amistad con mi esposa Moraima y luego se fue extendiendo a toda la familia. Pepe y Babe formaron una extensa y hermosa familia en Argentina, con tres maravillosos hijos, Marcelo José, Teresa y Sylvia para quienes fueron siempre ejemplo de virtudes, que alcanzan hoy a sus nietos Alejandro, Santiago, Marcelo, María, Marina, Francisco, Belén, Gonzalo y Victoria y sus 15 biznietos. También es deber mencionar que su nieto abogado, Alejandro José Ray y sus sobrinos, también abogados, Fernando José y Francisco José Ray, lo acompañaron en el reputado estudio jurídico marítimo, del cual era cofundador, Edey, Roche, De la Vega & Ray.

El doctor Ray era un verdadero maestro. Esos que saben usar su sabiduría para transmitir a las nuevas generaciones. Su perseverancia, su esfuerzo continuo por el desarrollo del derecho marítimo queda

reflejado en sus obras, especialmente el tratado “*Derecho de la navegación: con textos legales nacionales e internacionales y sobre comercio exterior*”, descrita por él mismo como un manual de consulta para sus estudiantes, quienes podrán seguir siempre su legado a través de las páginas de esos libros.

Vi por última vez a Pepe, en Buenos Aires de 2010, con ocasión a un viaje que hice a Buenos Aires, con mi esposa y mis dos nietos mayores, atendiéndome como un insigne anfitrión, como lo era, hasta para llevarnos y acompañarnos a un partido de futbol en La Bombonera, entre Boca y River Plate.

Sigo rememorando sus palabras de solidaridad, ánimo y esperanza por la situación que aún hoy vive nuestro país.

Sin duda vamos a extrañar mucho su gentil presencia, su mirada afable y su risueña sonrisa, pero sus enseñanzas, valores e ideales nos acompañarán por siempre. Por ello, los invito hoy, como dije al principio, no a lamentar su partida sino a honrar y agradecer la profunda huella que su dilatada y luminosa vida deja tras de sí.

Descansa en la Paz del Señor, querido amigo José Domingo Ray.

Caracas, 20 de febrero de 2018.

**PALABRAS PRONUNCIADAS
POR EL DR. LUIS COVA ARRIA
EN LA SESIÓN ORDINARIA
DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES
EL DÍA 20 DE MARZO DE 2018,
CON MOTIVO DEL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL PROF. FRANCESCO BERLINGIERI,
MIEMBRO CORRESPONDIENTE EXTRANJERO
POR ITALIA DE ESTA CORPORACIÓN.**

Il Professore

**FRANCESCO BERLINGIERI
(1922 - 2018)**

La sua devozione al diritto marittimo internazionale

La edición del sábado 10 de marzo de 2018, del Diario *Il Secolo XIX* de Génova, Italia, titulaba, en su primera página lo siguiente: “*Addio a Berlingieri, vita eroica tra guerra e diritto marittimo*” y luego en su página 23, no dudaron en calificarlo como “*Il padre del diritto marittimo*”. Así reseñaba este importante Diario genovés el sensible fallecimiento del profesor Francesco Berlingieri, ocurrido el pasado 6 de marzo de 2018 a la edad de 96 años en su amada ciudad natal, Génova, Italia. Había nacido en esa misma ciudad, el 20 de febrero de 1922.

También reseñaba, esa edición del diario genovés, la inmensa cantidad de personas, además de sus familiares, que acudieron a sus funerales, los cuales tuvieron lugar en la Iglesia de *Nostra Signora del Carmine e Sant’Agnese*, de Génova, en donde hubo al lado de su féretro una guardia de honor de la Armada Italiana, cubierto con la bandera de ese país. Allí mismo, se pronunciaron emocionadas palabras, recordándose, entre otras cosas, el profundo amor que hubo entre él y su esposa Anna Teresa Origone Berlingieri-Origone, con la cual había contraído nupcias en 1947, fallecida en el 2015, a la edad de 91 años. De esa unión Berlingieri-Origoni, nacieron sus cuatro hijos: Giorgio, Andrea, Paolo y Matteo. Estos, los habían bendecidos con ocho nietos, Chiara, Francesca, Andrea, Giuseppe, Francesco, Anna, Pietro y Giorgio y, ocho bisnietos, Matilde, Giulia, Giorgia, Alice, Vittoria, Alberto, Oliviero y Joseph.

El profesor Francesco Berlingieri, fue no sólo uno de los más destacados juristas especialista en Derecho Marítimo de los últimos años, sino que además fue Oficial de la Armada Italiana. Ambas profesiones las ejerció con inigualable devoción.

En efecto, estuvo en Academia Naval, desde 1943 a 1945, habiéndole tocado participar, durante la segunda guerra mundial, en varias acciones militares, por cuya actuación, calificada como “*ejemplo de decisión, coraje y dedicación más allá del deber a la Patria*”, se le confirió la Medalla de Plata al Valor Militar.

Esto sólo fue el inicio de una vida extraordinaria, pues después de recibir esa merecida condecoración y, sólo a los 34 años de edad, como abogado de la “*Società Italia di Navigazione*”, la defendió en el juicio surgidos como consecuencia del abordaje en aguas cercanas a Nantucket, entre el “*Andrea Doria*” y el “*Stockholm*”.

El profesor Berlingieri, es parte de la historia del derecho moderno de la navegación. Asistió en 1951, en Nápoles, a su primera conferencia del Comité Marítimo Internacional (CMI), la cual está conformada por las asociaciones de Derecho Marítimo de casi todos los países de la comunidad internacional, y, cuya función primordial es buscar y fomentar la uniformidad internacional del derecho marítimo.

Posteriormente, Berlingieri alcanzó la Presidencia del mismo, cargo que mantuvo desde 1976 hasta 1991. En esta última fecha, se le designó Presidente ad Honorem, cargo que mantuvo hasta su muerte. Fue igualmente, Presidente Honorario de la Asociación Italiana de Derecho Marítimo, y Doctor Honoris Causa de las Universidades de Bolonia, Amberes y Atenas. Fue, además, muy destacada, su labor, desde 1954, en la enseñanza del Derecho Marítimo como Profesor Titular de la Universidad de Génova.

Su labor como abogado lo llevó a actuar ante el *Commercial Court Committe* Inglés, desde 1977 a 1999, por cuya labor y, en reconocimiento a su importante rol en la unificación del derecho marítimo, la Reina Isabel II, le concedió el título de *Oficial Honorario del Orden del Imperio Británico*.

La entrega, dedicación y devoción de Berlingieri al CMI, y por ende a la unificación del Derecho Marítimo es difícil de reseñar con palabras. Más que una dedicación personal, es un baluarte familiar.

Desde su padre, Giorgio Berlingieri, quien también fue Presidente de la Asociación Italiana de Derecho Marítimo, hasta su hijo, Georgio, quien actualmente, es Presidente de la Asociación Italiana de Derecho Marítimo, Vice-Presidente Primero del CMI y Vice-Presidente por Italia del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, y así, toda la casta Berlingieri han dedicado su vida al trabajo del CMI, y, por ende a la unificación internacional del derecho marítimo.

Así, le reconocía el CMI al profesor Berlingieri, en la placa que le entregaría en el Seminario en su honor celebrado en septiembre de 2017 en Génova, la cual reza así:

“Francesco Berlingieri, miembro del Comité Ejecutivo desde 1972, Presidente desde 1976 hasta 1991, Presidente Ad-Honorem desde 1991, en reconocimiento y gratitud por su servicio y devoción al CMI”.

En la comunicación, que el pasado 6 de marzo, el actual Presidente del CMI, el abogado australiano, Stuart Hetherington, enviara a todos los Presidentes y Miembros Titulares del CMI, destacó la grandiosa labor desarrollada por Francesco Berlingieri, durante su larga y fructuosa vida, en aras de la unificación del derecho internacional de la navegación, pero, además, recordó unas de sus virtudes, la de ser, como había destacado en el 2010, Kate Lannan, de UNCITRAL, con ocasión de la celebración de sus 88 años, un *“Consummate Gentleman Diplomat”*.

Fue Director Editor de la reputada publicación marítima *“Il Diritto Marittimo”*, y, hasta hace pocos años, el encargado de las publicaciones del CMI: su *Newsletter* y su *Anuario*.

El 10 de enero de 2001, el Instituto de Derecho Marítimo Internacional (IMLI), de la Organización Marítima Internacional (OMI), le confirió el título de Profesor Honorario en Derecho Marítimo Internacional en reconocimiento a su contribución a la comunidad jurídica marítima internacional.

Fue uno de los miembros del grupo de expertos designado por el ya fallecido, Director General de la Organización Marítima Internacional (OMI), Chandrika Prasad Srivastava, para redactar en 1988 el borrador del Primer *“SYLLABUS”* del Instituto de Derecho Marítimo Internacional (IMLI).

Publicó muchos artículos y libros, siendo su libro de Texto “*Berlingieri on Arrest of Ships*”, de consulta obligatoria por numerosas generaciones de abogados, aseguradores, profesores y estudiantes de derecho marítimo.

En 2010, se le rindió homenaje mundial con la publicación de un libro de dos volúmenes, titulado “*Scritti in Onore di Francesco Berlingieri*”, en el cual tuve el honor de participar.

Berlingieri visitó por primera vez nuestro país en 1977, año en que fundamos la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y la incorporamos al CMI, luego de la XXXI Conferencia del Comité Marítimo Internacional (CMI) de Rio de Janeiro, celebrada en mayo de ese mismo año, en donde tuve el placer de conocerlo, junto a otros grandes juristas del derecho marítimo, como el recientemente fallecido doctor José Domingo Ray. En esa oportunidad, participó en las Primeras Jornadas de Derecho Marítimo, celebradas en Venezuela, con el auspicio de la Universidad Central de Venezuela. Además del Profesor Berlingieri, asistieron los eminentes profesores extranjeros Nicholas J. Healy, Kaj Pineus y José Domingo Ray, todos ya fallecidos. Esas Jornadas, constituyeron el motor por el cual se comenzaron a desarrollar los estudios de derecho marítimo en nuestro país. Desde entonces, el Profesor Berlingieri, se convirtió en amigo y colaborador de nuestro país en la labor de la unificación del Derecho Marítimo Internacional.

Pues bien, en esas Primeras Jornadas de 1977, el Profesor Berlingieri, nos honró con dos magníficas ponencias, ambas publicadas en el número primero de la Revista del Comité Marítimo Venezolano, publicado en enero de 1980. Una sobre la fundación y las tareas que se había impuesto el CMI, cuya Presidencia había asumido el año anterior y, la otra, sobre lo que, para esa fecha era sólo un Proyecto de Reglas para regular la responsabilidad del transportista de mercancías por mar, con el fin de sustituir las llamadas “Reglas de La Haya-Visby”, aprobadas ambas por el CMI, la primera el 25 de agosto de 1924 y, la segunda, el 23 de Febrero de 1968. Ese Proyecto, el cual nos reseñó, con mucha amplitud y claridad, el Profesor Berlingieri, se transformó, el siguiente año, en un Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte de Mercancías por Mar, actualmente conocido como las “*Reglas de Hamburgo*”, aprobado con fecha 31 de marzo de 1978 por la

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL).

En su conferencia sobre el CMI, el profesor Francesco Berlingieri, nos decía que *“la exigencia de una uniformización internacional del Derecho Marítimo ha estado siempre presente en el curso de los siglos, y de ello hacen fe las codificaciones medievales mediterráneas y nórdicas, y la jurisdicción especial reconocida en Inglaterra a la Corte del Almirantazgo, la cual no aplicaba la Common Law sino la Law Merchant, cuya formación traslució claramente las exigencias de uniformidad del Derecho Marítimo y cuyo origen se basaba en el Derecho Romano.”*

En 1980, nos visitó nuevamente para participar en el primer Seminario Internacional del CMI, celebrado en Iberoamérica, organizado también por la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y celebrado en la Isla de Margarita. En ese Seminario, el profesor Berlingieri, disertó sobre las diferencias entre las Hipotecas de origen latino, y el Mortgage, de origen anglosajón, cuyo texto escrito está publicado en el segundo número de la Revista del Comité Marítimo Venezolano, publicado en agosto de 1982. Ese artículo, es muy interesante, pues allí, como lo señala el mismo Berlingieri, se *“establece una comparación entre los dos tipos de garantías que se usan en la mayoría de los países marítimos con respecto al financiamiento de buques”*, fundamentando la comparación *“en la hipoteca conforme se regula en el derecho italiano (similar al venezolano) y sobre la mortgage como se regula en Inglaterra y los Estados Unidos”*.

Fue admitido como Miembro Correspondiente por Italia de nuestra Academia de Ciencias Políticas y Sociales, presentado a tales efectos, un Ensayo sobre *“Las Convenciones Internacionales de Derecho Marítimo y su rol en el Derecho interno”*, publicado en las páginas 252 a 281, de nuestro Boletín especial # 140, dedicado íntegramente a los Ensayos de nuestros *Miembros Correspondientes Extranjeros*. Comenzaba dicho Ensayo, comentando que *“Constituye un principio generalmente reconocido que cada estado es libre de escoger la modalidad de adaptación del propio derecho interno a los fines de cumplir con las obligaciones internacionales,”* agregando, su filosofía de la necesaria unificación del derecho marítimo con estas palabras, *“...Mi firme*

y profunda convicción es que es necesario continuar los esfuerzos... a favor de un derecho marítimo uniforme. No es más útil que las normas que regulan los institutos de derecho marítimo sean similares, a que las mismas normas sean aplicables en los distintos ordenamientos. Solo mediante convenciones internacionales de derecho material uniforme se puede alcanzar este resultado... la ratificación de una convención no es ciertamente suficiente – y a veces siquiera necesaria- para asegurar la uniformidad”.

Este artículo, es de lectura obligatoria en la materia “*Conflicto de Leyes y Jurisdicción Marítima*”, dictado en la Especialización de Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Post-Grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Como podrán ver, la contribución que hemos recibido del Profesor Berlingieri a la uniformidad del derecho marítimo internacional a través de su liderazgo es invaluable, pero, además era un gran ser humano, un caballero, un verdadero Lord Inglés, o, como señaló Kate Lannan, un “Consumado Caballero Diplomático”. Su trato siempre fue amable, receptivo, y, junto con su querida esposa Anna, fueron grandes anfitriones en los eventos y conferencias del CMI.

He visto partir a dos grandes amigos y grandes eminencias del derecho marítimo en estos días, los profesores Ray y Berlingieri. La Divina Providencia, ha querido que sean consecutivos. Ambos viudos, nacidos y fallecidos el mismo año, y, además, vinculados a esta Academia como miembros correspondientes extranjeros. Pero, señores académicos, tal como han visto, no hay espacio para reseñar una pérdida, sino para celebrar un legado, el gran legado que el profesor Berlingieri deja con su empecinado trabajo en la unificación del derecho marítimo. O, como señaló “*Il Secolo XIX*” el pasado 10 de los corrientes, “*quando muore una <<leggenda vivente>>, rimane la leggenda*”.

Su alma descanse en la Paz del Señor.

**PALABRAS PRONUNCIADAS
POR EL ACADÉMICO
GABRIEL RUAN SANTOS
EN LA UNIVERSIDAD METROPOLITANA
EL DÍA 24 DE ABRIL DE 2018,
EN EL ACTO HOMENAJE A LA MEMORIA
DEL DR. HUMBERTO NJAIM.**

PALABRAS EN HONOR AL PROFESOR HUMBERTO NJAIM

Para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales es un auténtico honor participar en este acto de homenaje a la memoria del profesor Humberto Njaim, conjuntamente con la Universidad Metropolitana y el Centro de Estudiantes de Derecho, ya que fue individuo de número de esta Academia desde el año 2005, habiendo ocupado dignamente su sillón número 15. En esta ocasión, la Academia que presido cumple el deber que le asigna el artículo 10 de la Ley Sobre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de “honrar la memoria de los hombres prominentes de la República, que hayan prestado servicios notables en la creación y desenvolvimientos del Derecho patrio o de las ciencias políticas y sociales en general”. Por lo que respecta al profesor Njaim sus servicios contribuyeron notablemente al desarrollo del Derecho y especialmente de la Ciencia Política.

Como es sabido, la trayectoria del profesor Njaim fue la de filósofo del derecho, estudioso del Derecho Constitucional y la de un verdadero pionero en el campo de la Ciencia Política en Venezuela. Luego de haber egresado de la Universidad Católica Andrés Bello con el título de abogado, hizo estudios en Alemania y en Estados Unidos sobre Ciencia Política y Administración Pública respectivamente, en las más prestigiosas universidades de esos dos países. Fue profesor de la Universidad Central de Venezuela por muchos años, en pregrado y en postgrado, y contemporáneamente fue fundador y director del Instituto de Estudios Políticos y Director del Centro de Estudios de Postgrado, donde se le recuerda como un riguroso académico y profundo investigador de las materias de su especialidad, a la vez que como un entusiasta promotor del estudio del Derecho y de la ciencia en el campo de la política. Para concluir esta brevísima síntesis de su trayectoria, fue un brillante

Decano de esta Universidad Metropolitana, a la cual dio generosamente sus años de mayor experiencia y un valioso miembro de nuestra Academia, en la cual compartimos su sabiduría y calidad humana.

Me permito en este momento hacer especial referencia de la relación de Njaim con su maestro el profesor español Manuel García Pelayo, primer presidente del Tribunal Constitucional Español, de quien fue su más brillante discípulo, a quien acompañó en la fundación del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, antecesor de la Escuela de Estudios Políticos de la misma Universidad. En mis tiempos de estudiante de Derecho -años sesenta- casi todos los días veía y me acercaba a saludar al grupo de los integrantes de este Instituto, en uno de los cafetines de la entonces Facultad de Derecho, tal vez el más humilde de todos. Allí disfruté la presencia de los profesores Manuel García Pelayo, Francisco Rubio Llorente, Antonio Moles Caubet, Juan Carlos Rey, Orlando Tovar Tamayo, Hans Leu, y desde luego, de Humberto Njaim, lo que siempre sentí como un privilegio.

El doctor Njaim acumuló una extensa obra escrita, compuesta fundamentalmente de cultos y densos ensayos de derecho constitucional y de ciencia política. Fruto del “trabajo esforzado de cada día, más allá del desaliento, y no del voluntarismo precipitado y estentóreo”, para usar sus propias palabras. De toda esa luminosa ensayística, tomo dos de sus escritos más recientes, para hacer unos breves comentarios y con esto recuerdo su espíritu de combate. Me refiero a la *Democracia Participativa*, escrito a partir de su trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y la *Génesis y Perspectivas de Cierta Asamblea Nacional Constituyente. Una Mirada Politológica*, presentada en foro de nuestra Academia sobre la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente de 2017.

En la *Democracia Participativa*, Njaim analiza la supuesta relación tensa entre la democracia representativa y la llamada democracia participativa, a partir de la retórica conocida y del aprendizaje que brinda la experiencia. Njaim analiza el tema con realismo, sin excesos teóricos, deshaciendo mitos y enfocado directamente sobre el caso venezolano, a partir de su concepto de ciencia política, que es “el estudio descarnado del poder, de cómo se busca obtenerlo y conservarlo y cuál es la probabilidad de que se logre, y –sobre todo- de cómo los actores políticos

para obtener y conservar el poder están dispuestos a violar el derecho”. Veamos:

La Asamblea Constituyente de 1999, controlada por el teniente coronel Hugo Chávez Frías, hizo desaparecer del texto de la Constitución el concepto de democracia representativa, pero conservó sus estructuras acompañadas de una serie de nuevas vías de participación. Algunos afirmaron que eran perfectamente compatibles. Pero, en realidad, el verdadero objetivo -según Njaim- “era desbancar a las clases políticas dominantes... y con ello no sólo se desprestigiaba a quienes tomaban las decisiones sino también al método mismo de tomar decisiones...”. A fin de implantar un régimen contradictorio: por un lado una oferta constitucional muy enfática sobre la participación, y por la otra una acumulación desproporcional de facultades presidenciales. A lo anterior se asoció el calificativo de *protagónica* a la participación del pueblo, cuando lo cierto era -según Njaim- que “participación y autoritarismo aparecen como caras de una misma moneda política... y donde una cara sirve de pretexto a la otra”. Por ello, el doctor Escovar Salom, en su contestación académica a Njaim, observaba atinadamente: “Lo resaltante de la Constitución de 1999 es que sus énfasis participativos son más bien estímulos tumultuarios, los cuales no son ambientes posibles para la participación porque ésta se convierte en la coreografía del cesarismo autoritario”. En este contexto, sostenía Njaim, se produce la “deriva de la representación”, se destruye la representación plural y se instaura un nuevo régimen representativo con “peores connotaciones peyorativas” que las atribuidas al anterior régimen. La deriva autoritaria conduce a la perversión de la representación y no a una participación democrática. Interpreto yo que la participación protagónica terminó siendo irónicamente una representación de un solo representante, el autócrata presidente.

En su ensayo sobre la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, Njaim demostró que la génesis o el objetivo principal de su convocatoria presidencial sin participación del pueblo, era evitar unas elecciones libres y justas para sustituir al Presidente de la República, luego de la experiencia decepcionante para el régimen de las elecciones parlamentarias de 2015, a través de un falso proceso electoral amputado de todas las garantías electorales, que le permitiera al gobierno permanecer en el

poder con apariencia de legitimidad, lo cual muy probablemente se revertería en contra del objetivo perseguido por el partido hegemónico gobernante, como ha ocurrido. En cuanto a la perspectiva de tal asamblea supuestamente constituyente, ella perseguía implantar la “supraconstitucionalidad” y completar la concentración del poder con la abolición progresiva de la Asamblea Nacional legítima, siguiendo la secuencia del paralelismo y posterior eliminación. Una vez más, se impondría el fenómeno de una asamblea constituyente “no sólo legiferante, sino gobernante y abolidora de otros poderes”, según Njaim, con la bendición del Tribunal Supremo de Justicia cautivo, al cual ha correspondido la misión política de retorcer el significado de las normas de la Constitución de 1999.

Para concluir, cito las palabras finales de Humberto Njaim en éste, su último ensayo mencionado: “...en la experiencia venezolana y en el sufrimiento de nuestro pueblo, pese a que hubiéramos querido no padecerlo, quizás nos sirva de consuelo haber obtenido enseñanzas, que esperamos perdurables no sólo útiles para nosotros sino también para otros pueblos, especialmente aquellos que nos son hermanos”.

Muchas gracias por su atención.

Caracas, Universidad Metropolitana, 24 de abril de 2018.

**PALABRAS PRONUNCIADAS
POR EL ACADÉMICO
DR. RAMÓN ESCOVAR LEÓN
EN LA UNIVERSIDAD METROPOLITANA
EL DÍA 24 DE ABRIL DE 2018,
EN EL ACTO HOMENAJE A LA MEMORIA
DEL DR. HUMBERTO NJAIM.**

HUMBERTO NJAIM

“Yo veía en García-Pelayo que se podía ser elegante y, sin embargo, sobrio, que se podía ser preciso sin ser árido”, afirma Humberto Njaim en su trabajo titulado “Del deslumbre al oficio. Testimonio de un discípulo de García-Pelayo” (En: *Libro homenaje a Manuel García-Pelayo*, Caracas, UCV, 1989, T. I, p. 11). Pero el profesor Njaim no solo aprendió del pensador español el estilo elegante y preciso sino también el arte de nadar con soltura entre la Teoría Política y el Derecho Constitucional. Esta destreza fue del dominio de intelectuales como Carl Schmitt y Manuel García-Pelayo, que produjeron una obra de necesaria lectura sobre dichas materias, de la cual se nutrió Njaim.

Humberto Njaim nos dejó el pasado 5 de abril del 2018 y por eso conviene presentar sucintamente la importancia de su pensamiento, sobre todo en estos momentos de aniquilamiento de las libertades y de la democracia.

Un mes antes de su partida, el 6 de marzo, lo visité en su casa del Club Hípico para entregarle un libro que le había ofrecido: *Carl Schmitt pensador español* de Miguel Saralegui. Escogí esa obra por el profundo conocimiento que tenía Njaim acerca del pensamiento del polémico autor alemán. Schmitt ejerció una gran influencia sobre los constitucionalistas y politólogos españoles, entre ellos Manuel García-Pelayo, quien fue maestro de Njaim –y de una generación de politólogos de la Universidad Central de Venezuela–. El pensador español estudió en detalle la obra de Schmitt y las ideas de este fueron punto de partida de sus reflexiones. No obstante, García-Pelayo se apartó de los planteamientos políticos del alemán, debido a su tránsito por el nazismo (Schmitt salió ileso del juicio de Núremberg, pero luego de su autocritica quedó marginado por un tiempo). En vista de esto, le propuse a Njaim que

dirigiera un seminario *ad hoc* para un grupo de amigos que sentían curiosidad por estudiar la obra del pensador alemán. Este proyecto se quedó en el camino, por la sorpresiva y dolorosa partida del sabio venezolano.

Diego Bautista Urbaneja afirma que para quienes se formaron bajo el manto intelectual de Manuel García Pelayo, en el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, hubo “una referencia teórica distintiva: la de Carl Schmitt” (“El proceso constituyente venezolano de 1999 y el concepto de lo político de Carl Schmitt”. En: *Constitución y constitucionalismo hoy*. Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p.763). Si uno se adentra en las estratagemas de los totalitarismos –como el socialismo del siglo XXI–, se encuentra con algunos criterios políticos del autor alemán. En efecto, Schmitt propone la existencia de un poder absoluto del Estado sin pluralismo político, y estas son posiciones cuestionadas del alemán, entendidas como justificación del totalitarismo. Se siente el aroma schmittiano desde las sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia en las que se diseñó el concepto de supraconstitucionalidad que permitió colocara a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 por encima de la Constitución; sentencias que dieron fundamento a lo que nos condujo a este totalitarismo socialista.

Lo anterior fue lo que pretendí destacar en un artículo publicado en Prodavinci el 17.1.2018, titulado “El dilema amigo-enemigo y el síndrome del “enemigo externo”. Este dilema amigo-enemigo es esencial para la definición de lo político, según Schmitt. Y es fundamental porque el mismo aplica en las estructuras dictatoriales como la venezolana. Desde que Hugo Chávez llegó al poder, todo el discurso político que discrimina a quienes no comparten las ideas del marxismo trasnochado se reduce a categorizarlos como “enemigos” que deben ser aniquilados. Para ello existen adjetivos calificativos como “traidores a la patria”, o “derecha explotadora”. Este dilema justifica en la Venezuela del socialismo del siglo XXI la elaboración de leyes para someter al “enemigo”, como la ley contra el odio.

Por su parte, Humberto Njaim en su trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, titulado *La democracia*

participativa, de la retórica al aprendizaje calificó a Manuel García Pelayo como “maestro de la vida”; y colaboró con él en la fundación de la Escuela de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. En este ensayo de Njaim se advierte su preocupación por la vinculación entre el poder constituyente y la manipulación de la participación popular. En este sentido, afirma: “La participación sería tolerada en la medida en que no obstaculizara la intención hegemónica y si lo hacía tendría, entonces, que ser arrollada” (p.109). Por eso predicó “la necesidad de elevar el grado de reflexión política y constitucional en nuestro país”, lo que es necesario para poder tomar decisiones acertadas sobre la base de lo esencial sin detenerse en lo adjetivo.

Sus reclamos sobre las imprecisiones del actual texto constitucional fueron proféticos de lo que ha ocurrido en el presente. Así advirtió tempranamente sobre los atropellos perpetrados a la sombra de las excesivas facultades de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y esto quedó plasmado en su trabajo *Sociedad civil y democracia participativa*.

El estudio del proceso constituyente del año 1999, que debe apreciarse como uno de los más sofisticados golpes de Estado jamás visto –y que Curzio Malaparte en su *Técnica del golpe de Estado* no pudo siquiera imaginar–, no escapa al agudo ojo de Njaim. Este asombroso proceso se inicia con la sentencia del 19 de enero de 1999 de la Sala Político Administrativa y continúa con un *congresillo* que nadie eligió pero que asumió funciones legislativas. Nada de esto podía ser examinado bajo la lupa del jurista y requería la aguda visión del politólogo; Njaim poseía ambas.

Todo esto importa para entender la nueva propuesta electoral de Nicolás Maduro, contenida en el “Plan de la Patria 2025”, que es su programa de gobierno para el período 2019-2025, con el cual se pretende sustituir la república por un Estado comunal. Si bien la Constitución de 1999 contiene el síndrome del *gendarme necesario*, con el exceso de poderes que otorga al presidente, también consagra el Estado de derecho y de justicia y el pluralismo democrático. Constitucionalmente no puede ser establecido un Estado comunal, que no es otra cosa sino una réplica del modelo comunista cubano en Venezuela.

El sistema presidencialista concentra poderes y facultades que lo individualizan en forma desproporcional, lo que entraña un desequilibrio en las vigas maestras del constitucionalismo venezolano. Esto nos permite reflexionar sobre la revisión del sistema presidencialista para sustituirlo por una democracia parlamentaria, como lo ha sugerido el profesor José Amando Mejía (*El Nacional*, 10.4.2002, p. A-10).

El maestro Humberto Njaim deja una obra relevante, escrita bajo la técnica del ensayo sobre diversos temas, como el derecho constitucional, la filosofía política, los partidos políticos, la cultura de la corrupción, la participación y los sistemas electorales. Por eso, he propuesto a las autoridades de la Universidades Metropolitana, Central de Venezuela y Católica Andrés Bello la publicación de toda la obra de este sabio, que se encuentra dispersa para hacerla accesible a estudiantes e interesados. Se trata de un cuerpo doctrinal original y que nos permite entender este proceso devastador que ha significado la era del chavismo; y, además, escrito con un lenguaje claro, “elegante y sobrio” como le enseñó su maestro Manuel García-Pelayo.

Con su brillante obra, Humberto Njaim contribuye a elevar el tono de la “reflexión política y constitucional” de los venezolanos. No es poca cosa en estos momentos trágicos de la vida nacional.

**PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL PROF.
HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE
EN LA SESIÓN ORDINARIA DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
EL DÍA 07 DE AGOSTO DE 2018,
CON MOTIVO DEL SENSIBLE FALLECIMIENTO
DEL DR. LUIS HENRIQUE FARÍAS MATA.**

Ha fallecido el 2 de agosto de 2018, en Porlamar, estado Nueva Esparta el eximio Maestro del Derecho Público venezolano y comunitario, Doctor Luis Henrique Farías Mata. El dolor que nos causa su partida física de este plano terrenal, es compensado por las enseñanzas y el disfrute de su compañía durante sus longevos 89 años de fructífera vida, y las huellas imborrables con las que marcó la existencia de sus muchos discípulos y amigos.

Fue un hombre público investido de “sacralidad republicana”, de aquellos que constituyeron los pilares estructurales sobre los que se levantó el templo de la Democracia y el Estado de Derecho en Venezuela de 1958 a 1998. Además, su poderoso intelecto irradió sus luces a nivel regional, en los predios de la integración andina.

Abogado “Magna Cum Laude” de la Universidad Central de Venezuela; especialista en Derecho Público y Administrativo en la Universidad de Carabobo, Universidad Complutense de Madrid y Universidad de París –todos con mención honorífica-, y, en la Universidad Libre de Bruselas; Profesor de la Universidad Central de Venezuela desde 1958- También de Contencioso de la Integración-; Profesor de “Procedimiento Contencioso Administrativo”, en la Facultad de Derecho de la UCAB desde 1981; Profesor de varias Universidades en el extranjero; y casi hasta sus últimos momentos Profesor del curso de Derecho Comunitario y de la Integración en la Universidad de Margarita; Director de los cursos de post-grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela; Decano de esa misma Facultad; Vicepresidente de la Universidad Nacional Experimental “Simón Rodríguez”; Presidente del Consejo Superior de la “Universidad Nacional Abierta”; Asesor jurídico del Congreso de la República; Director de Asesoría del Estado y de Coordinación de la Procuraduría General de la República;

Magistrado de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia – siendo Presidente de la Sala entre 1986 y 1987-; Magistrado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena – siendo su Presidente entre 1995, y, 1996, y, entre 2000 y 2001; finalmente Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Fue autor de numerosas publicaciones especializadas que van desde 1959: “Recursos judiciales y de otra índole contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrativo”; y entre las que destacan: “La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolana” (1968); “la doctrina de los actos excluidos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal”, en “Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración” (UCV, 1971); y “Los motivos de impugnación en el contencioso administrativo”, en “Tendencias de la jurisprudencia venezolana en materia contencioso-administrativa”, 8vas Jornadas JM Domínguez Escovar, Barquisimeto, 1983.

Sus méritos acumulados le valieron entre otras condecoraciones: La “Orden del Libertador”, Grado de Gran Oficial (1985); la “Orden Andrés Bello” Banda Primera Clase (1982); y la “Orden Francisco de Miranda”, Primera Clase, Banda de Honor (1988).

Fue un cultor del dialogo de derecho positivo entre la Procuraduría General de la República y la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Su paso por la primera lo consolidó cuando ocupó el cargo de Magistrado en la segunda.

Entre las sentencias y votos salvados como ponente a su paso por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, caben destacar auténticos clásicos, como por ejemplo: sentencias de la Sala Político-Administrativa del 14 de junio de 1983, caso “Acción Comercial”, en materia de contratos administrativos; sentencia de la Sala Político-Administrativa del 3 de octubre de 1985, caso “Iván Pulido Mora”, sobre los Derechos Públicos Subjetivos y la legitimación activa para recurrir en el contencioso administrativo; sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 09 de noviembre de 1989, caso “Arnaldo Lovera”, sobre la “Presunción de legalidad de los actos administrativos”, y sus principios de “Ejecutividad y Ejecutoriedad”; sentencia de la Sala Político-Administrativa del 02 de noviembre de 1982, caso “Depositaria Judicial”, sobre el control jurisdiccional de la potestad discrecional

de la Administración Pública; sentencia de la Sala Político-Administrativa del 14 de septiembre de 1993 caso “Carlos Andrés Pérez”, sobre la definición formal del acto administrativo; y finalmente el voto salvado en la sentencia de la Sala Político-Administrativa, caso “Silvia Rosa Riera”, sobre “Responsabilidad Administrativa Extracontractual”.

Además, en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, tuvo la ponencia en el célebre caso “Canali” del 13 de febrero de 1998, sobre la distinción entre el recurso de nulidad de cada país miembro del Acuerdo, del recurso de nulidad comunitario.

Como puede verse fueron profundas y fructíferas las raíces de muchos de los temas tratados por el profesor Farías Mata en sus ponencias. Ellas dejan una huella perenne en el derecho público venezolano.

En el plano personal el profesor Farías Mata fue como un padre para mí. Desde que fui su alumno en el 5to año de la carrera de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), en el curso 1981-1982, orientó mis pasos hacia el derecho público y al derecho administrativo en particular.

La manera como hacía sus exámenes era ejemplar. Siempre comenzaban con la misma frase: “Analice con entera libertad, pero con sujeción a los parámetros formales de la enseñanza impartida en el curso, el siguiente texto de Derecho Positivo que se somete a su consideración...”, decía, y luego colocaba un artículo de alguna ley, o sentencia, o acto administrativo, que obligaba al alumno a reflexionar o a pensar fuera de toda repetición memorística y a tener conclusiones propias. En los más de 30 años que tengo dando clases de Derecho Administrativo, he usado la misma fórmula, con la misma intención en mis alumnos.

Recién graduado de abogado en julio de 1982, tuve la fortuna de ser nombrado su relator en la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, y, hasta enero de 1983, tuve la oportunidad de hacerle resúmenes de más de 300 casos, con indicación de la demanda o recurso, la opinión de la Procuraduría General, la opinión de la Fiscalía, la valoración de las pruebas, y una breve opinión sobre los temas tratados. De esas lecturas y modos de proceder, tuve el privilegio de ser formado directamente por el Maestro.

Humilde, sencillo, y más que sabio como fue, en una ocasión, aun siendo yo su relator, camino a un homenaje que la Universidad Central

daba al profesor Rafael Pisani, y visto que pronto me separaría de tales funciones para ir a estudiar a Francia, me dijo algo que nunca he olvidado, ni olvidaré: “Henrique en la vida uno puede ser flexible y ceder en cualquier cosa, menos en sus principios”. Conforme a esa norma he tratado de seguir sus pasos, en la senda de mi trayectoria vital.

Como sostuve en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo que se realizó en su homenaje en Margarita en el año 2006, bajo la coordinación de su dilecto alumno Rafael Badell Madrid, el profesor Luis Henrique Farías Mata fue más que un sabio, es un “hombre de conocimiento” que ha trascendido su mera existencia física, porque venció sus miedos; hizo lo correcto con lucidez; no ejerció el poder con arbitrariedad, autolimitándose; y hasta sus últimos momentos terrenales en sus libros, sus dictámenes, sus sentencias, los muchísimos alumnos que formó y sus profundas enseñanzas de vida, superó a la vejez misma.

Como sostuve entonces, y, mantengo ahora, los hijos que tal vez la consanguinidad no le dio, la vida misma se los ha ofrecido sobradamente, a Luis Henrique Farías Mata, que todos le estamos profundamente agradecidos por sus enseñanzas y ejecutorias, y que la muerte no lo ha vencido porque todos sus hijos somos portadores permanentes y sucesivos de los valores humanos y republicanos que tan generosamente nos transmitió.

Henrique Iribarren Monteverde
Caracas, 7 de agosto 20018

**PALABRAS PRONUNCIADAS
POR EL DR. CARLOS ACEDO SUCRE
EN LA SESIÓN ORDINARIA DE LA ACADEMIA
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
EL DÍA 16 DE OCTUBRE DE 2018,
CON MOTIVO
DEL SENSIBLE FALLECIMIENTO DEL
DR. ENRIQUE LAGRANGE**

Conocí a Enrique Lagrange cuando empecé a trabajar en Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., MENPA, en enero de 1978, cuando él tenía cuarenta y un años de edad, dieciocho años de graduado de abogado y dieciséis años de graduado como doctor en derecho. Cuando lo conocí, yo tenía dieciocho años de edad y estaba cursando mi primer año de derecho. Me pareció un señor mayor, aunque el doctor Lagrange era casi dos décadas menor de lo que yo soy ahora. Ese señor mayor, socio de un escritorio en el que yo era apenas un bachiller, fue generosísimo conmigo y con todas las generaciones de pasantes y abogados jóvenes de MENPA, que tuvimos el privilegio de trabajar con él durante numerosas décadas. Fue muy generoso con sus conocimientos, con sus consejos y con su tiempo; MENPA le debe muchísimo. Y no sólo MENPA... Permítanme retroceder un poco en el tiempo:

El doctor Lagrange era un hombre de una fortaleza, inteligencia y tesón admirables. Quedó huérfano de padre y madre relativamente joven, y, después de graduarse *summa cum laude* en la Universidad Central de Venezuela en el año 1960, quiso estudiar derecho en Francia, para lo cual obtuvo una beca, a fin de formarse como criminólogo. A la par que estudió criminología, profundizó sus conocimientos de derecho civil en la Universidad de París, la cual lo doctoró en el año 1962. El derecho de las obligaciones y el derecho penal están menos distantes de lo que parece, pues el estudio de la culpa y la responsabilidad es el núcleo de ambos. Luego de regresar de Europa, el doctor Lagrange obtuvo el título de doctor de la Universidad Central de Venezuela, en el año 1963. Además de español y francés, hablaba inglés e italiano muy bien. Era una persona extremadamente culta.

En el ámbito académico, la Universidad Central de Venezuela y sus alumnos fueron los primeros beneficiarios de los estudios y la dedicación del doctor Lagrange, a partir del año 1964. Se desempeñó,

durante muchas décadas, como Profesor de Derecho Civil II (Bienes y Derechos Reales), de Derecho Civil III (Obligaciones) y de Derecho Civil IV (Contratos y Garantías), y fue Jefe de la Cátedra de Derecho Civil, Director del Centro de Estudios para Graduados y Miembro del Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de esa Universidad.

Antes de trabajar en MENPA fue, entre 1963 y 1966, abogado de la Procuraduría General de la República; en 1965, abogado del Banco Central de Venezuela; desde 1969 hasta 1976, abogado de Mene Grande Oil Company; y, en 1976, abogado en Menevén. En el mismo año ingresó a MENPA, al que dedicó el resto de su vida profesional. Pero no se desvinculó totalmente del sector público, pues, del año 1992 al año 1998, fue Primer Suplente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; y, en 1993, fue Miembro del Consejo de Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores. También tuvo una actividad destacada como árbitro.

Su honestidad y honorabilidad, su exitosa trayectoria profesional, su brillante desempeño como profesor, y su relevante obra escrita, desembocaron en que fuera Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales desde el año 1999, llegando a formar parte de la Junta Directiva de la Academia y a ocupar el cargo de Presidente.

Con sus publicaciones, principalmente en materia de derecho civil, el doctor Lagrange contribuyó de manera importante a la ciencia jurídica. José Melich Orsini, en el acto de incorporación a la Academia de Enrique Lagrange, se refirió a “Su excepcional dominio de todas las ramas del Derecho Civil”, “Sus relevantes dotes morales e intelectuales”, su “larga vida de lecturas y de arduas investigaciones conducidas con inquebrantable curiosidad y perseverancia”, y a su “aptitud analítica para desmenuzar en pacientes elaboraciones críticas dogmas fundamentales del Derecho Privado”. El doctor Melich también aludió a que el doctor Lagrange, en “sus ensayos jurídicos... no aventura conclusiones sino luego de haber examinado con la lupa de su vasta ilustración científica y de una mente agudizada por el ejercicio de la reflexión, cada una de las doctrinas que a su turno han expuesto los grandes maestros”. Según el doctor Melich, “La lectura de cualquiera de estas contribuciones hechas por el doctor Lagrange a la bibliografía jurídica venezolana

confirma... la rigurosidad metodológica con que elabora sus investigaciones este distinguido jurista”. Las publicaciones más importantes de Enrique Lagrange fueron:

1. Notas sobre Enajenación y Usucapión de Tierras Baldías, Caracas, 1980. Esta obra fue galardonada por la Universidad Central de Venezuela y con el premio “Luis Sanojo” correspondiente al año 1982. Respecto de esta obra, Melich, en el acto de incorporación a la Academia de Lagrange, escribió que es una muestra de su “espíritu primordialmente analítico”, contentiva de un “examen crítico” y de “incontrovertidos argumentos lógicos”.
2. Retardo en el Cumplimiento de Obligaciones Pecuniarias y Depreciación de la Moneda, publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 49, año 1994, y publicado también en el libro Efectos de la Inflación en el Derecho, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994. Este trabajo fue galardonado por la Universidad Central de Venezuela. Respecto de esta obra, Melich, en el acto de incorporación a la Academia de Lagrange, escribió que logró “colocar correctamente este tema en la posición que le corresponde”.
3. El Principio del Commodum Repraesentationis. Estudio sobre el artículo 1345 del Código Civil. Este libro constituyó el trabajo de Incorporación de Lagrange a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, fue galardonado por la Universidad Central de Venezuela, fue publicado con el sello de la Academia en el año 2001, y editado igualmente por la Universidad Católica Andrés Bello en el 2001. Respecto de esta obra, Melich, en el acto de incorporación a la Academia de Lagrange, escribió que “uno de los grandes méritos de este trabajo... es su originalidad, en el sentido de no existir todavía en la doctrina extranjera un estudio monográfico que haya agotado la materia”.
4. Reflexiones sobre la Determinación del Crédito Garantizado con Hipoteca, publicado en El Código Civil Venezolano en los

Inicios del siglo XXI, en conmemoración del Bicentenario del Código Civil Francés de 1804, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005; y publicado también en *El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, tomo 1, Caracas, 2003. El hijo de éste, Pedro Planchart Pocaterra, siempre recuerda, con cariño, respeto y agradecimiento, que el doctor Lagrange evaluó muy bien su tesis sobre este tema, en la cual sostuvo un punto de vista contrario al de él.

A lo largo de su vida, el doctor Lagrange sostuvo y transmitió valores humanos y republicanos. Uno de los últimos actos del doctor Lagrange, como presidente de la Academia, fue suscribir el pronunciamiento de las Academias Nacionales ante el País del 19 de febrero de 2013, en el que se manifestó preocupación “por el respeto a las instituciones democráticas y republicanas”, y se afirmó lo que sigue:

“La elección, proclamación y juramentación de los individuos electos para cargos públicos, así como la fijación del inicio y terminación de períodos para su ejercicio, son todas garantías indispensables para asegurar la legitimidad de origen del poder público, que en los casos de reelección impiden que se desvirtúe el principio del gobierno republicano, democrático, electivo, periódico y alternativo...

Estos elementos son principios universales de la moralidad política, que dan relieve a la concurrencia del respeto a la voluntad popular, junto con las reglas que esa misma voluntad ha impuesto para legitimar el ejercicio del poder público a fin de garantizar la seguridad jurídica e institucional de la Patria republicana, democrática, libre y soberana, de todos los venezolanos.

La actual situación de inseguridad jurídica e incertidumbre debe ser superada de manera tal que permita la toma de las medidas políticas, sociales y económicas indispensables para el gobierno de la República, que ya se hacen impostergables”.

Esto, que fue escrito hace más de cinco años, podría haberse escrito hoy.

Enrique Lagrange fue un hombre honesto, un sabio y un maestro. Tuvo una vida muy exitosa y satisfactoria en todos los planos. Fue un referente jurídico y moral. Su fallecimiento es una pérdida para el país. Sus innegables méritos son un consuelo para su esposa, Toni París, sus hijos Enrique y Claudia Lagrange, y sus nietos.

Enrique Lagrange era una persona muy formal, casi solemne; pero tenía un gran sentido del humor. Yo lo llamaba “el temible doctor Lagrange”, lo cual a él le daba risa. Toni París me contó una anécdota, que me autorizó para repetir aquí. Ella trabajaba en un banco y asistía a las sesiones de junta directiva, que a veces eran en el extranjero. Después de que se casaron, Enrique Lagrange asistió a uno de estos eventos con Toni París, en España. El doctor Lagrange gozó muchísimo, compartiendo autobús y programas turísticos y culinarios con las esposas de los directores. Me despido de ustedes recordando a ese doctor Lagrange, que disfrutaba mucho las cosas buenas de la vida.

NÓMINAS

MIEMBROS FUNDADORES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sillón N°

Sillón N°

- | | |
|---------------------------------------|-------------------------------------|
| 1. Dr. Alejandro Urbaneja | 16. Dr. Juvenal Anzola |
| 2. Dr. Francisco A. Guzmán Alfaro | 17. Dr. José Loreto Arismendi |
| 3. Dr. Domingo Antonio Coronil | 18. Dr. Raúl Crespo Vivas |
| 4. Dr. Diego Bautista Urbaneja | 19. Dr. Pedro Miguel Reyes |
| 5. Dr. Pedro M. Brito González | 20. Dr. Arminio Borjas |
| 6. Dr. Francisco Gerardo Yanes | 21. Dr. Juan José Mendoza |
| 7. Dr. Alejandro Pietri hijo | 22. Dr. Jesús Rojas Fernández |
| 8. Dr. Carlos F. Grisanti | 23. Dr. José Gil Fortoul |
| 9. Dr. Juan Francisco Bustillos | 24. Dr. Guillermo Tell Villegas |
| 10. Dr. Cristóbal L. Mendoza | 25. Dr. Pedro Hermoso Tellería |
| 11. Dr. José Santiago Rodríguez | 26. Dr. Pedro Manuel Arcaya |
| 12. Dr. Esteban Gil Borges | 27. Dr. Pedro Itriago Chacín |
| 13. Dr. Carlos Jiménez Rebolledo | 28. Dr. Emilio Constantino Guerrero |
| 14. Dr. Manuel Alfredo Vargas | 29. Dr. Lorenzo Herrera Mendoza |
| 15. Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza | 30. Dr. Carlos Alberto Urbaneja |

INDIVIDUOS DE NÚMERO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Sillón N° 1

Dr. Luis Ugalde, S.J.

Sillón N° 2

Dr. José Guillermo Andueza

Sillón N° 3

Dr. Aristides Rengel Romberg

Sillón N° 4

Dr. José Muci-Abraham

Sillón N° 5

Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros

Sillón N° 6

Prof. Luciano Lupini Bianchi

Sillón N° 7

Dr. Alberto Arteaga Sánchez

Sillón N° 8

Dr. Jesús María Casal

Sillón N° 9

Dr. Pedro Nikken

Sillón N° 10

Dr. Allan Randolph Brewer-Carías

Sillón N° 11

Dr. Eugenio Hernández-Bretón

Sillón N° 12

Dr. Carlos Acedo Sucre

Sillón N° 13

Dr. Luis Cova Arria

Sillón N° 14

Dr. Humberto Romero-Muci

Sillón N° 15

Prof. Ramón Guillermo Avelado

Sillón N° 16

Dra. Hildegard Rondón de Sansó

Sillón N° 17

Dr. Rafael Badell Madrid

Sillón N° 18

Prof. Henrique Iribarren Monteverde

Sillón N° 19

Dra. Josefina Calcaño de Temeltas

Sillón N° 20

Prof. Guillermo Gorrín Falcón

Sillón N° 21

Prof. Gerardo Fernández (e)

Sillón N° 30

Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas

Sillón N° 22

Dr. James-Otis Rodner

Sillón N° 31

Prof. Salvador Yannuzzi

Sillón N° 23

Dr. Ramón Escovar León

Sillón N° 32

Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia

Sillón N° 24

Dra. Cecilia Sosa Gómez

Sillón N° 33

Dr. Alfredo Morles Hernández

Sillón N° 25

Dr. Román José Duque Corredor

Sillón N° 34

Vacante

Sillón N° 26

Prof. Gabriel Ruan Santos

Sillón N° 35

Dr. Carlos Leañez Sievert

Sillón N° 27

Prof. José Antonio Muci Borjas

Dr. Luis Guillermo Govea U., h

Dr. Luis H. Farías Mata

Sillón N° 28

Prof. Carlos Ayala Corao

Dr. Oscar Hernández Álvarez

Dr. Fortunato González Cruz

Sillón N° 29

Dr. César Augusto Carballo Mena

Dr. Luis Napoleón Goizueta H.

COLABORADORES ESPECIALES

Dr. José Getulio Salaverría - Estado Anzoátegui

Dr. Gilberto Guerrero Quintero - Estado Aragua

Dr. Egberto Abdón Sánchez Noguera - Estado Mérida

Dr. Jorge Rosell Senhem - Estado Lara

Dr. Jorge L. Lozada González - Estado Aragua

Dr. Rodrigo Rivera Morales - Estado Táchira

Dr. Pedro Rondón Haaz - Estado Carabobo

Dr. Jesús Esparza - Estado Zulia

INDIVIDUOS DE NÚMERO DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES POR ORDEN DE SUCESIÓN

SILLÓN N° 1

Dr. Alejandro Urbaneja

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 6 de abril de 1944.

Dr. Alonso Calatrava

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1944. Se incorporó el 16 de noviembre de 1949. Murió el 9 de enero de 1966.

Dr. Efraín Schacht Aristeguieta

Electo en sesión ordinaria del 30 de marzo de 1966. Se incorporó el 24 de mayo de 1968. Murió el 6 de febrero de 2007.

Dr. Luis Ugalde, S.J.

Electo en sesión ordinaria del 7 de agosto de 2007. Se incorporó el 8 de julio de 2008.

SILLÓN N° 2

Dr. Francisco A. Guzmán Alfaro

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 5 de septiembre de 1932.

Dr. Tomás Liscano

Electo en sesión ordinaria de 31 de julio de 1933. Se incorporó el 3 de julio de 1935. Murió el 10 de marzo de 1951.

Dr. Rafael Caldera

Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1951. Se incorporó el 6 de agosto de 1953. Murió el 24 de diciembre de 2009.

Dr. José Guillermo Andueza

Electo en sesión ordinaria del 6 de abril de 2010. Se incorporó el 19 de junio de 2011.

SILLÓN N° 3

Dr. Domingo Antonio Coronil

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 27 de marzo de 1925.

Dr. Pablo Godoy Fonseca

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1925. Se incorporó el 29 de octubre de 1926. Murió el 21 de febrero de 1937.

Dr. Carlos Morales

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1937. Se incorporó el 23 de enero de 1954. Murió el 11 de marzo de 1971.

Dr. Luis Felipe Urbaneja Blanco

Electo en sesión ordinaria de 15 de julio de 1971. Se incorporó el 27 de octubre de 1972. Murió el 9 de agosto de 1994.

Dr. Aristides Rengel Romberg

Electo en sesión ordinaria del 17 de enero de 1995. Se incorporó el 6 de junio de 1995.

SILLÓN N° 4

Dr. Diego Bautista Urbaneja

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 6 de abril de 1946.

Dr. Ángel Francisco Brice

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1946. Se incorporó el 27 de diciembre de 1946. Murió el 18 de junio de 1969.

Dr. René Lepervanche Parpacén

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1969. No se incorporó. Murió el 7 de diciembre de 1969.

Dr. José Muci-Abraham

Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1970. Se incorporó el 22 de septiembre de 1971.

SILLÓN N° 5

Dr. Pedro M. Brito González

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 22 de julio de 1922.

Dr. Francisco Arroyo Parejo

Electo en sesión ordinaria de 15 de noviembre de 1922. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 4 de abril de 1950.

Dr. Arturo Uslar Pietri

Electo en sesión ordinaria del 16 de octubre de 1950. Se incorporó el 22 de septiembre de 1955. Murió el 26 de febrero de 2001.

Dra. Tatiana B. de Maekelt

Electa en sesión ordinaria del 19 de junio de 2001. Se incorporó el 18 de junio de 2002. Murió el 17 de agosto de 2009.

Prof. Enrique Urdaneta Fontiveros

Electo en sesión ordinaria del 6 de abril de 2010. Se incorporó el 1° de diciembre de 2010.

SILLÓN N° 6

Dr. Francisco Gerardo Yanes

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 3 de agosto de 1946.

Dr. Pablo Ruggieri Parra

Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1947. Se incorporó el 11 de abril de 1957. Murió el 25 de marzo de 1963.

Dr. Luis Gerónimo Pietri

Electo en sesión ordinaria del 17 de junio de 1963. Se incorporó el 15 de noviembre de 1968. Murió el 4 de julio de 1969.

Dr. Julio Diez

Electo en sesión ordinaria del 17 de noviembre de 1969. Se incorporó el 21 de abril de 1970. Murió el 30 de marzo de 1985.

Dr. José Mélich Orsini

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1985. Se incorporó el 15 de octubre de 1986. Murió el 13 de junio de 2011.

Prof. Luciano Lupini Bianchi

Electo en sesión de 1 de noviembre de 2011. Se incorporó el 15 de octubre de 2013.

SILLÓN N° 7

Dr. Alejandro Pietri, hijo

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 17 de septiembre de 1976.

Dr. Pedro José Lara Peña

Electo en sesión de 17 de enero de 1977. Se incorporó el 26 de julio de 1978. Murió el 21 de junio de 2001.

Dr. Alberto Arteaga Sánchez

Electo en sesión ordinaria de 6 de noviembre de 2001. Se incorporó el 8 de octubre de 2002.

SILLÓN N° 8

Dr. Carlos F. Grisanti

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 23 de mayo de 1938.

Dr. Carlos Sequera

Electo en sesión ordinaria del 15 de septiembre de 1938. No se incorporó. Murió el 25 de marzo de 1963.

Dr. Félix S. Angulo Ariza

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1949. Se incorporó el 15 de julio de 1971. Murió el 26 de diciembre de 1971.

Dr. Francisco López Herrera

Electo en sesión ordinaria del 17 de abril de 1972. Se incorporó el 4 de diciembre de 1974. Murió el 26 de agosto de 2015.

Dr. Jesús María Casal.

Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016. Se incorporó el 18 de julio de 2017.

SILLÓN N° 9

Dr. Juan Francisco Bustillos

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 16 de noviembre de 1929.

Dr. José Ramón Ayala

Electo en sesión ordinaria de 31 de julio de 1933. Se incorporó el 14 de diciembre de 1942. Murió el 9 de septiembre de 1966.

Dr. Tito Gutiérrez Alfaro

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1966. Se incorporó el 22 de diciembre de 1967. Murió el 29 de octubre de 1977.

Dr. Andrés Aguilar Mawdsley

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1978. Se incorporó el 29 de febrero de 1980. Murió el 24 de octubre de 1995.

Dr. Pedro Nikken

Electo en sesión ordinaria del 5 de marzo de 1996. Se incorporó el 18 de noviembre de 1997.

SILLÓN N° 10

Dr. Cristóbal L. Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 26 de febrero de 1978.

Dr. Allan Randolph Brewer-Carías

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1978. Se incorporó el 3 de noviembre de 1978.

SILLÓN N° 11

Dr. José Santiago Rodríguez

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 9 de mayo de 1945.

Dr. Rafael Caldera

Electo en sesión ordinaria del 16 de julio de 1945, no ocupó este Sillón, sino el N° 2, por haberlo acordado así la Academia en sesión ordinaria del 30 de abril de 1951.

Dr. Francisco Manuel Mármol

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1951. Se incorporó el 29 de noviembre de 1957. Murió el 25 de marzo de 1985.

Dr. José Santiago Núñez Aristimuño

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1985. Se incorporó el 29 de octubre de 1986. Murió el 21 de febrero de 2005.

Dr. Eugenio Hernández Bretón

Electo en sesión ordinaria del 4 de octubre de 2005. Se incorporó el 15 de mayo de 2007.

SILLÓN N° 12

Dr. Esteban Gil Borges

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 3 de agosto de 1942.

Dr. Néstor Luis Pérez

Electo en sesión ordinaria del 2 de diciembre de 1942. Se incorporó el 15 de marzo de 1944. Murió el 5 de febrero de 1949.

Dr. Manuel Maldonado

Electo en sesión ordinaria del 30 de junio de 1949. Se incorporó el 23 de febrero de 1951. Murió el 14 de septiembre de 1966.

Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla

Electo en sesión ordinaria del 16 de enero de 1967. Se incorporó el 7 de diciembre de 1972. Murió el 13 de octubre de 2015.

Dr. Carlos Acedo Sucre.

Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016. Se incorporó el 23 de marzo de 2017.

SILLÓN N° 13

Dr. Carlos Jiménez Rebolledo

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 11 de enero de 1951.

Dr. Silvestre Tovar Lange

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1951. No se incorporó. Murió el 5 de octubre de 1957.

Dr. Héctor Cuenca

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1958. No se incorporó. Murió el 14 de abril de 1961.

Dr. Ezequiel Monsalve Casado

Electo en sesión ordinaria del 17 de julio de 1961. Se incorporó el 9 de junio de 1965. Murió el 11 de septiembre de 1999.

Dr. Luis Cova Arria

Electo en sesión ordinaria del 21 de marzo de 2000. Se incorporó el 20 de junio de 2000.

SILLÓN N° 14

Dr. Manuel Alfredo Vargas

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 21 de junio de 1936.

Dr. Félix Montes

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1936. No se reincorporó. Murió el 26 de octubre de 1942.

Dr. Luis L. Bastidas

Electo en sesión ordinaria del 18 de enero de 1943. Se incorporó el 29 de abril de 1944. Murió el 3 de enero de 1950.

Dr. Pedro Pablo Guzmán, hijo

Electo en sesión ordinaria del 15 de mayo de 1950. Se incorporó el 30 de mayo de 1953. Murió el 24 de diciembre de 1981.

Dr. Isidro Morales Paúl

Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1982. Se incorporó el 2 de agosto de 1982. Murió el 18 de junio de 2005.

Dr. Humberto Romero-Muci

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 2005. Se incorporó el 27 de junio de 2006.

SILLÓN N° 15

Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 25 de abril de 1941.

Dr. Gustavo Herrera

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1941. No se incorporó. Murió el 1° de febrero de 1953.

Dr. Carlos Siso

Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1953. No se incorporó. Murió el 9 de mayo de 1954.

Dr. Pascual Venegas Filardo

Electo en sesión ordinaria del 1° de julio de 1954. Se incorporó el 5 de marzo de 1969. Murió el 4 de junio de 2003.

Dr. Humberto Njaim

Electo en sesión ordinaria del 7 de octubre de 2003. Se incorporó el 29 de marzo de 2005. Murió el 5 de abril de 2018.

Prof. Ramón Guillermo Avelado

Electo en sesión ordinaria el 17 de julio de 2018. Se incorporó el 6 de diciembre de 2018.

SILLÓN N° 16

Dr. Juvenal Anzola

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 14 de junio de 1928.

Dr. Cristóbal Benítez

Electo en sesión de 30 de septiembre de 1933. Se incorporó el 30 de diciembre de 1933. Murió el 31 de octubre de 1945.

Dr. Alejandro Urbaneja Achelpohl

Electo en sesión ordinaria del 16 de enero de 1946. Se incorporó el 18 de septiembre de 1951. Murió el 1° de febrero de 1988.

Dra. Hildegard Rondón de Sansó

Electa en sesión ordinaria del 7 de junio de 1988. Se incorporó el 14 de marzo de 1989.

SILLÓN N° 17

Dr. José Loreto Arismendi

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 24 de mayo de 1925

Dr. Juan B. Bance

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre de 1925. Se incorporó el 29 de octubre de 1926. Murió el 15 de julio de 1965.

Dr. Jesús Leopoldo Sánchez

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1965. Se incorporó el 23 de octubre de 1971. Murió el 26 de marzo de 1991.

Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez

Electo en sesión ordinaria del 16 de julio de 1991. Se incorporó el 22 de octubre de 1991. Murió el 13 de noviembre de 1996.

Dr. Gonzalo Pérez Luciani

Electo en sesión ordinaria del 6 de mayo de 1997. Se incorporó el 1° de diciembre de 1998. Murió el 23 de marzo de 2013.

Dr. Rafael Badell Madrid

Electo en sesión ordinaria del 2 de julio de 2013. Se incorporó el 1° de julio de 2014.

SILLÓN N° 18

Dr. Raúl Crespo Vivas

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 10 de abril de 1920.

Dr. Enrique Urdaneta Maya

Electo en sesión ordinaria de 31 de enero de 1921. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria de 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 19 de enero de 1928.

Dr. José Antonio Tagliaferro

Electo en sesión ordinaria del 16 de abril de 1928. No se incorporó. Murió el 21 de enero de 1932 .

Dr. Francisco Vetancourt Aristiguieta

Electo en sesión ordinaria de 16 de junio de 1932. Se incorporó el 15 de enero de 1935. Murió el 3 de diciembre de 1953.

Dr. José Loreto Arismendi, hijo

Electo en sesión ordinaria de 15 de marzo de 1954. Se incorporó el 28 de junio de 1954. Murió el 20 de diciembre de 1979.

Dr. José Luis Aguilar Gorrondona

Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1980. Se incorporó el 30 de abril de 1982. Murió el 20 de abril de 2011.

Prof. Henrique Iribarren Monteverde

Electo en sesión de 20 de septiembre de 2011. Se incorporó el 7 de mayo de 2013.

SILLÓN N° 19

Dr. Pedro Miguel Reyes

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 7 de junio de 1949.

Dr. Héctor Parra Márquez

Electo en sesión ordinaria del 15 de mayo de 1950. Se incorporó el 16 de enero de 1951. Murió el 24 de mayo de 1978.

Dr. Carlos Mendoza Goiticoa

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1978. No se incorporó. Murió el 15 de febrero de 1980.

Dr. Rafael Pizani

Electo en sesión ordinaria del 31 de julio de 1980. Se incorporó el 15 de junio de 1982. Murió el 16 de diciembre de 1997.

Dra. Josefina Calcaño de Temeltas

Electa en sesión ordinaria del 21 de abril de 1998. Se incorporó el 16 de marzo de 2000.

SILLÓN N° 20

Dr. Arminio Borjas

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 2 de noviembre de 1942.

Dr. Edgar Sanabria

Electo en sesión ordinaria del 15 de febrero de 1943. Se incorporó el 31 de octubre de 1946. Murió el 24 de abril de 1989.

Dr. Enrique Tejera París

Electo en sesión ordinaria del 1° de agosto de 1989. Se incorporó el 21 de noviembre de 1989. Murió el 11 de noviembre de 2015.

Prof. Guillermo Gorrín Falcón.

Electo en sesión ordinaria del 7 de junio de 2016. Se incorporó el 16 de octubre de 2018.

SILLÓN N° 21

Dr. Juan José Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 28 de abril de 1959.

Dr. René De Sola

Electo en sesión ordinaria del 15 de octubre 1959. Se incorporó el 27 de octubre de 1966. Murió el 19 de enero de 2018.

Prof. Gerardo Fernández

Electo en sesión ordinaria el 2 de octubre de 2018.

SILLÓN N° 22

Dr. Jesús Rojas Fernández

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 25 de noviembre de 1927.

Don Rafael Martínez Mendoza

Electo en sesión ordinaria del 16 de abril de 1928. Se incorporó el 15 de agosto de 1932. Murió el 6 de noviembre de 1961.

Dr. Víctor M. Álvarez

Electo en sesión ordinaria del 31 de enero de 1962. Se incorporó el 25 de noviembre de 1964. Murió el 15 de noviembre de 2000.

Dr. James-Otis Rodner

Electo en sesión ordinaria del 20 de febrero de 2001. Se incorporó el 4 de diciembre de 2001.

SILLÓN N° 23

Dr. José Gil Fortoul

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 15 de junio de 1943.

Dr. Juan Penzini Hernández

Electo en sesión ordinaria del 3 de septiembre de 1943. Se incorporó el 23 de septiembre de 1950. Murió el 11 de julio de 1974.

Dr. Ramón Escovar Salom

Electo en sesión ordinaria del 2 de diciembre de 1974. Se incorporó el 14 de junio de 1976. Murió el 9 de septiembre de 2008.

Dr. Ramón Escovar León

Electo en sesión ordinaria del 21 de abril de 2009. Se incorporó el 21 de julio de 2009.

SILLÓN N° 24

Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 25 de junio de 1949.

Dr. Tulio Chiossone

Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1951. Se incorporó el 7 de octubre de 1953. Murió el 26 de diciembre de 2001.

Prof. Jesús Ramón Quintero

Electo en sesión ordinaria del 7 de mayo de 2002. Se incorporó el 5 de mayo de 2003. Murió el 1° de febrero de 2016.

Dra. Cecilia Sosa Gómez

Electa en sesión ordinaria del 21 de junio de 2016. Se incorporó el 21 de noviembre de 2017.

SILLÓN N° 25

Dr. Pedro Hermoso Tellería

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 8 de octubre de 1935.

Dr. Julio Blanco Ustáriz

Electo en sesión ordinaria del 31 de marzo de 1936. Se incorporó el 18 de diciembre de 1937. Murió el 27 de agosto de 1952.

Dr. Eduardo Arroyo Lameda

Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1953. Se incorporó el 28 de mayo de 1953. Murió el 4 de junio de 1977.

Dr. José Román Duque Sánchez

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1977. Se incorporó el 4 de abril de 1978. Murió el 9 de diciembre de 1999.

Dr. Román J. Duque Corredor

Electo en sesión ordinaria del 21 de marzo de 2000. Se incorporó el 9 de noviembre de 2001.

SILLÓN N° 26

Dr. Pedro M. Arcaza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 12 de agosto de 1958.

Prof. Augusto Mijares

Electo en sesión ordinaria del 15 de diciembre de 1958. Se incorporó el 15 de agosto de 1960. Murió el 29 de junio de 1979.

Dr. Tomás Polanco Alcántara

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1979. Se incorporó el 2 de junio de 1980. Murió el 22 de diciembre de 2002.

Prof. Gabriel Ruan Santos

Electo en sesión ordinaria del 6 de mayo de 2003. Se incorporó el 18 de mayo de 2004.

SILLÓN N° 27

Dr. Pedro Itriago Chacín

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 19 de mayo de 1936.

Dr. Carlos Álamo Ybarra

Electo en sesión ordinaria del 15 de agosto de 1936. Se incorporó el 14 de octubre de 1938. Murió el 24 de febrero de 1958.

Dr. Alfonso Espinoza

Electo en sesión ordinaria del 16 de diciembre de 1959. Se incorporó el 27 de febrero de 1961. Murió el 14 de diciembre de 1969.

Dr. Oscar García-Velutini

Electo en sesión ordinaria del 30 de abril de 1970. Se incorporó el 25 de mayo de 1971. Murió el 12 de junio de 1991.

Dr. Pedro Tinoco

Electo en sesión ordinaria del 17 de septiembre de 1991. Se incorporó el 10 de diciembre de 1991. Murió el 30 de marzo de 1993.

Dr. Luis Ignacio Mendoza

Electo en sesión ordinaria del 7 de diciembre de 1993. Se incorporó el 22 de noviembre de 1994. Murió el 24 de enero de 2017.

Prof. José Antonio Muci Borjas

Electo en sesión ordinaria el 19 de septiembre de 2017. Se incorporó el 6 de febrero de 2018.

SILLÓN N° 28

Dr. Emilio Constantino Guerrero

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 9 de octubre de 1920.

Dr. Rafael Cabrera Malo

Electo en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 1922. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 30 de junio de 1924. Murió el 3 de julio de 1935.

Dr. Ezequiel Urdaneta Braschi

Electo en sesión ordinaria del 30 de octubre de 1935. No se incorporó. Murió el 12 de mayo de 1959.

Dr. Carlos Montiel Molero

Electo en sesión ordinaria del 30 de septiembre de 1949. Se incorporó el 12 de febrero de 1954. Murió el 6 de marzo de 1981.

Dr. Leopoldo A. Borjas Hernández

Electo en sesión ordinaria del 15 de julio de 1981. Se incorporó el 31 de mayo de 1982. Murió el 29 de septiembre de 2001.

Dr. José Andrés Octavio

Electo en sesión ordinaria de 19 de febrero de 2002. Se incorporó el 30 de julio de 2002. Murió el 23 de enero de 2009.

Dr. Juan Francisco Porras Rengel

Electo en sesión ordinaria del 6 de octubre de 2009. No se incorporó. Murió el 12 de agosto de 2010.

Prof. Carlos Ayala Corao

Electo en sesión ordinaria de 18 de enero de 2011. Se incorporó el 8 de mayo de 2012.

SILLÓN N° 29

Dr. Lorenzo Herrera Mendoza

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 20 de septiembre de 1966.

Dr. Gonzalo Parra-Aranguren

Electo en sesión ordinaria del 31 de enero de 1967. Se incorporó el 16 de octubre de 1968. Murió el 3 de diciembre de 2016.

Dr. Cesar Augusto Carballo Mena

Electo en sesión ordinaria del 16 de mayo de 2017. Se incorporó el 5 de diciembre de 2017.

SILLÓN N° 30

Dr. Carlos Alberto Urbaneja

Nombrado mediante Resolución Ejecutiva del 19 de diciembre de 1916 de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 16 de junio de 1915. Murió el 16 de agosto de 1917.

Dr. Victorino Márquez Bustillos

Electo en sesión ordinaria del 15 de enero de 1918. Se dio por incorporado en sesión extraordinaria del 10 de septiembre de 1924 por ordenarlo así el artículo 1° de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de 30 de junio de 1924. Murió el 10 de enero de 1941.

Dr. José Manuel Hernández Ron

Electo en sesión ordinaria del 15 de abril de 1941. Se incorporó el 30 de mayo de 1942. Murió el 28 de agosto de 1957.

Dr. Darío Parra

Electo en sesión del 16 de diciembre de 1957. Se incorporó el 17 de abril de 1964. Murió el 26 de septiembre de 1997.

Dr. Boris Bunimov Parra

Electo en sesión ordinaria del 20 de enero de 1998. Se incorporó el 16 de noviembre de 1999. Murió el 21 de junio de 2004.

Prof. Alberto Baumeister Toledo

Electo en sesión ordinaria del 2 de noviembre de 2004. Se incorporó el 23 de junio de 2005. Murió el 26 de enero de 2018.

Prof. Juan Cristóbal Carmona Borjas

Electo en sesión ordinaria el 5 de junio de 2018. Se incorporó el 6 de noviembre de 2018.

SILLÓN N° 31

Dr. Gustavo Manrique Pacanins

Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 2 de marzo de 1967.

Dr. Eloy Lares Martínez

Electo en sesión ordinaria del 15 de junio de 1962. Se incorporó el 11 de octubre de 1967. Murió el 4 de febrero de 2002.

Dr. Emilio Pittier Sucre

Electo en sesión ordinaria del 7 de mayo de 2002. Se incorporó el 4 de mayo de 2004. Murió el 9 de agosto de 2017.

Prof. Salvador Yannuzzi

Electo en sesión ordinaria el 17 de abril de 2018.

SILLÓN N° 32

Dr. Celestino Farrera

Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 6 de mayo de 1939.

Dr. Pedro Arismendi Lairet

Electo en sesión ordinaria del 31 de julio de 1939. Se incorporó el 15 de marzo de 1956. Murió el 1° de marzo de 1961.

Dr. José López Borges

Electo en sesión ordinaria del 2 de octubre de 1961. No se incorporó. Murió el 21 de junio de 1973.

Dr. Luis Loreto Hernández

Electo en sesión ordinaria del 31 de enero de 1974. Se incorporó el 20 de febrero de 1976. Murió el 28 de junio de 1987.

Dr. Gustavo Planchart Manrique

Electo en sesión ordinaria del 17 de noviembre de 1987. Se incorporó el 3 de noviembre de 1989. Murió el 8 de diciembre de 2012.

Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia.

Electo en sesión ordinaria del 2 de abril de 2013. Se incorporó el 22 de octubre de 2013.

SILLÓN N° 33

Dr. Rafael Marcano Rodríguez

Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 5 de septiembre de 1945.

Dr. Antonio Pulido Villafañe

Electo en sesión ordinaria del 1° de diciembre de 1945. Se incorporó el 4 de junio de 1965. Murió el 6 de febrero de 1973.

Dr. José Joaquín González Gorrondona

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1973. Se incorporó el 14 de agosto de 1975. Murió el 15 de agosto de 1988.

Dr. Alfredo Morles Hernández

Electo en sesión ordinaria del 21 de febrero de 1989. Se incorporó el 30 de abril de 1991.

SILLÓN N° 34

Monseñor Nicolás E. Navarro

Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión ordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 6 de noviembre de 1960.

Dr. Luis Villalba Villalba

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1961. Se incorporó el 25 de marzo de 1963. Murió el 24 de enero de 1999.

Dr. Enrique Lagrange

Electo en sesión ordinaria del 20 de abril de 1999. Se incorporó el 6 de marzo de 2001. Murió el 9 de octubre de 2018.

SILLÓN N° 35

Don Laureano Vallenilla Lanz

Electo de acuerdo con el artículo 1° de la Ley de 30 de junio de 1924 en sesión extraordinaria del 25 de marzo de 1925. Se dio por incorporado en sesión ordinaria del 15 de abril de 1925. Murió el 16 de noviembre de 1936.

Dr. Simón Planas Suárez

Electo en sesión ordinaria del 15 de marzo de 1937. Se incorporó el 15 de julio de 1938. Murió el 3 de marzo de 1967.

Dr. Numa Quevedo

Electo en sesión ordinaria del 31 de mayo de 1967. Se incorporó el 3 de octubre de 1968. Murió el 6 de febrero de 1981.

Dr. Carlos Sosa Rodríguez

Electo en sesión ordinaria del 15 de julio de 1981. Se incorporó el 15 de julio de 1982. Murió el 30 de junio de 1997.

Dr. Carlos Leáñez Sievert

Electo en sesión ordinaria del 18 de noviembre de 1997. Se incorporó el 5 de octubre de 1999.

INDIVIDUOS DE NÚMERO FALLECIDOS

A

Dr. Juvenal Anzola
Dr. Francisco Arroyo Parejo
Dr. José Ramón Ayala
Dr. Carlos Álamo Ybarra
Dr. Pedro Arismendi Lairer
Dr. José Loreto Arismendi
Dr. José Loreto Arismendi, hijo
Dr. Pedro M. Arcaya
Dr. Félix S. Angulo Ariza
Dr. Eduardo Arroyo Lameda
Dr. Andrés Aguilar Mawdsley
Dr. Víctor M. Álvarez
Dr. José Luis Aguilar Gorrondona

B

Dr. Juan Bautista Bance
Dr. Luis I. Bastidas
Dr. Julio Blanco Ustáriz
Dr. Cristóbal Benítez
Dr. Ángel Francisco Brice
Dr. Arminio Borjas
Dr. Pedro M. Brito González
Dr. Juan Francisco Bustillos
Dr. Leopoldo Borjas Hernández
Dr. Boris Bunimov Parra
Dr. Alberto Baumeister Toledo

C

Dr. Rafael Cabrera Malo
Dr. Alonso Calatrava
Dr. Domingo Antonio Coronil
Dr. Raúl Crespo Vivas
Dr. Tulio Chiossone
Dr. Rafael Caldera
Dr. Tomás Enrique Carrillo Batalla

D

Dr. Julio Diez
Dr. José Román Duque Sánchez
Dr. René De Sola

E

Dr. Ramón Escovar Salom
Dr. Alfonso Espinoza

F

Dr. Celestino Farrera
Dr. Luis H. Farías Mata

G

Dr. Pablo Godoy Fonseca
Dr. Tito Gutiérrez Alfaro
Dr. Pedro Pablo Guzmán, h.
Dr. José Joaquín González Gorrondona
Dr. Oscar García Velutini
Dr. Esteban Gil Borges
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Carlos F. Grisanti
Dr. Emilio Constantino Guerrero
Dr. Francisco Guzmán Alfaro

H

Dr. José Manuel Hernández Ron
Dr. Pedro Hermoso Tellería
Dr. Gustavo Herrera
Dr. Lorenzo Herrera Mendoza

INDIVIDUOS DE NÚMERO FALLECIDOS

I

Dr. Pedro Itriago Chacín

J

Dr. Carlos Jiménez Rebolledo

L

Dr. Tomás Liscano

Dr. José Antonio López Borges

Dr. Luis Loreto Hernández

Dr. René Lepervanche Parpacén

Dr. Pedro José Lara Peña

Dr. Eloy Lares Martínez

Dr. Francisco López Herrera

Dr. Enrique Lagrange

M

Dr. Félix Montes

Dr. Rafael Marcano Rodríguez

Dr. Gustavo Manrique Pacanins

Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza

Dr. Juan José Mendoza

Don Rafael Martínez Mendoza

Dr. Manuel Maldonado

Dr. Carlos Morales

Dr. Cristóbal L. Mendoza

Prof. Augusto Mijares

Dr. Carlos Mendoza Goiticoa

Dr. Carlos Montiel Molero

Dr. Francisco Manuel Mármol

Dr. Victorino Márquez Bustillos

Dr. Ezequiel Monsalve Casado

Dr. Isidro Morales Paúl

Dra. Tatiana de Maekelt

Dr. José Mélich Orsini

Dr. Luis I. Mendoza

N

Monseñor Nicolás E. Navarro

Dr. José S. Núñez Aristimuño

Dr. Humberto Njaim

O

Dr. José Andrés Octavio

P

Dr. Néstor Luis Pérez

Dr. Simón Planas Suárez

Dr. Luis Gerónimo Pietri

Dr. Juan Penzini Hernández

Dr. Alejandro Pietri, hijo

Dr. Antonio Pulido Villafaña

Dr. Darío Parra

Dr. Rafael Pizani

Dr. Tomás Polanco Alcántara

Dr. Juan Porras Rengel

Dr. Gustavo Planchart Manrique

Dr. Gonzalo Pérez Luciani

Dr. Gonzalo Parra Aranguren

Dr. Emilio Pittier Sucre

Q

Dr. Numa Quevedo

Prof. Jesús Ramón Quintero

R

Dr. Pedro Miguel Reyes

Dr. Jesús Rojas Fernández

Dr. José Santiago Rodríguez

Dr. Pablo Ruggeri Parra

INDIVIDUOS DE NÚMERO FALLECIDOS

S

Dr. Edgard Sanabria
Dr. Jesús Leopoldo Sánchez
Dr. Carlos Sequera
Dr. Carlos Siso
Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez
Dr. Carlos Sosa Rodríguez
Dr. Efraín Schacht Aristeguieta

T

Dr. José Antonio Tagliaferro
Dr. Pedro Tinoco
Dr. Enrique Tejera París

U

Dr. Carlos Alberto Urbaneja
Dr. Alejandro Urbaneja
Dr. Alejandro Urbaneja Achelpohl
Dr. Diego Bautista Urbaneja
Dr. Luis Felipe Urbaneja Blanco
Dr. Enrique Urdaneta Maya
Dr. Ezequiel Urdaneta Braschi
Dr. Arturo Uslar Pietri

V

Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. Manuel Alfredo Vargas
Don Laureano Vallenilla Lanz
Dr. Francisco Vetancourt Aristeguieta
Dr. Luis Villalba Villalba
Dr. Pascual Venegas Filardo

Y

Dr. Francisco Gerardo Yanes

PRESIDENTES DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

- Dr. Pedro M. Arcaya, Presidente de la Academia desde la sesión de instalación del 19 de marzo de 1917 hasta la sesión ordinaria de 30 de septiembre de 1922.
- Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Arminio Borjas
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Juan Bautista Bance
Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. Francisco Arroyo Parejo
Dr. Celestino Farrera
Dr. Juan Bautista Bance
Dr. José Gil Fortoul
Dr. Juan Bautista Bance
Dr. Francisco Arroyo Parejo
Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido
Dr. J.J. Mendoza
Dr. Néstor Luis Pérez
Dr. Tomás Liscano
Dr. José Manuel Hernández Ron
Dr. Simón Planas Suárez
Dr. Tulio Chiossone
Dr. Héctor Parra Márquez
Dr. Alejandro Urbaneja Achelpohl
Dr. Eduardo Arroyo Lameda
Dr. Francisco Manuel Mármol
Dr. Ángel Francisco Brice
Dr. José Loreto Arismendi, h.
- Dr. René De Sola
Dr. Héctor Parra Márquez
Dr. Tito Gutiérrez Alfaro
Dr. Efraín Schacht Aristeiguieta
Dr. Eloy Lares Martínez
Dr. Julio Diez
Dr. Oscar García-Velutini
Dr. Tomás Enrique Carrillo-Batalla
Dr. Pascual Venegas Filardo
Dr. Andrés Aguilar Mawdsley
Dr. José Muci-Abraham
Dr. Tomás Polanco Alcántara
Dr. Isidro Morales Paúl
Dr. Leopoldo Borjas Hernández
Dr. Víctor M. Álvarez
Dr. Gonzalo Parra Aranguren
Dra. Hildegard Rondón de Sansó
Dr. Allan R. Brewer-Carías
Dr. José Luis Aguilar Gorrondona
Dr. José Mélich Orsini
Dr. Gustavo Planchart Manrique
Dr. Alfredo Morles Hernández
Dra. Tatiana B. de Maekelt
Dr. Román J. Duque Corredor
Dr. Enrique Lagrange
Dr. Luis Cova Arria
Dr. Eugenio Hernández-Bretón
Dr. Gabriel Ruan Santos

SECRETARIOS DE LA ACADEMIA DESDE SU FUNDACIÓN

Dr. Cristóbal L. Mendoza	Dr. Gustavo Planchart Manrique
Dr. Juan de Dios Méndez y Mendoza	Dr. Gonzalo Pérez Luciani
Dr. Diego Bautista Urbaneja	Dr. Boris Bunimov Parra
Dr. Juvenal Anzola	Dr. Luis Cova Arria
Dr. Francisco Vetancourt Aristeguieta	Prof. Alberto Baumeister Toledo
Don Rafael Martínez Mendoza	Dr. Eugenio Hernández-Bretón
Prof. Augusto Mijares	Prof. Gabriel Ruan
Dr. Carlos Montiel Molero	Dr. Humberto Romero-Muci
Dr. Víctor M. Álvarez	Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia
Dra. Hildegard Rondón de Sansó	Dr. Luciano Lupini Bianchi
Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez	

MIEMBROS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ALEMANIA

Dr. Erik Jayme

ARGENTINA

Dr. Diego Fernández Arroyo

Prof. José Claudio Escribano

BRASIL

Dr. José Manuel Arruda Alvim

Dra. Claudia Lima Marques

COLOMBIA

Prof. Jorge Vélez García

Prof. Guillermo Sarmiento Rodríguez

Dr. Mauricio Plazas Vega

Prof. Fernando Sarmiento Cifuentes

CHILE

Prof. Alejandro Guzmán Brito

Prof. José Luis Cea Egaña

ECUADOR

Dr. Juan Yepes del Pozo

EE. UU. DE AMERICA

Dr. Symeon Symeonides

ESPAÑA

Dr. Juan Velarde Fuertes

Dr. Rafael Navarro-Valls

Dr. César García Novoa

FRANCIA

Prof. Pierre Michel Eismann

ITALIA

Prof. Sandro Schipani

Prof. Francesco Berlingieri

JAPÓN

Dra. Yuko Nishitani

MÉXICO

Dr. Leonel Pereznieta Castro

PERÚ

Prof. Carlos Soto Coaguila

Prof. Augusto Ferrero

REPUBLICA DOMINICANA

Dr. Manuel Morales Lama

URUGUAY

Dr. Didier Opertti Badán

COMISIONES PERMANENTES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Derecho Civil y Mercantil

Luis Cova Arria
José Muci-Abraham
Luis Guillermo Govea U.
Julio Rodríguez Berrizbeitía
Carlos Eduardo Acedo

Enrique Urdaneta Fontiveros
Alfredo Morles Hernández
James-Otis Rodner
Luciano Lupino Bianchi

Derecho Público Eclesiástico, Derecho Español y Derecho Administrativo

Rafael Badell Madrid
Allan R. Brewer-Carías
Josefina Calcaño de Temeltas
Carlos Ayala Corao

Enrique Iribarren Monteverde
Hildegard Rondón de Sansó
Gabriel Ruan Santos
Luis Ugalde

Derecho Romano, Principios de Legislación, Sociología y Legislación Comparada

Eugenio Hernández-Bretón
Pedro Nikken

Luciano Lupini Bianchi
Carlos Leáñez Sievert

Economía Política, Leyes de Hacienda y Leyes Especiales

Humberto Romero-Muci
James-Otis Rodner

Gabriel Ruan Santos

Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público y Privado

Eugenio Hernández Bretón
José Guillermo Andueza
Carlos Ayala Corao
Allan R. Brewer-Carías
Rafael Badel Madrid

Carlos Leáñez Sievert
José Muci-Abraham
Pedro Nikken
Fortunato González Cruz

Derecho Penal, Procedimiento Civil, Enjuiciamiento Criminal, Medicina Legal y Antropología

Alberto Arteaga Sánchez
Aristides Rengel Romberg
Julio Rodríguez Berrizbeitía

Eugenio Hernández-Bretón
Román J. Duque Corredor
Ramón Escovar León

Derecho Laboral

Román J. Duque Corredor
Ramón Escovar León

Luis Napoléon Goizueta
Oscar Hernández Álvarez

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN EL BOLETÍN DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

1. Los textos deben ser inéditos. No hay limitación en el número de páginas, salvo en los casos donde se informe previamente un número determinado de ellas.
2. Los textos deben ser acompañados, al final de los mismos, de un resumen en idioma castellano, con un máximo de 25 líneas.
3. Una copia impresa de los trabajos y su respectivo diskette o CDROM, debe ser enviado a la sede de la Academia y también electrónicamente a la dirección de email.
4. El autor (o autores) deben acompañar el texto de los siguientes datos: a) una reseña curricular actualizada con un máximo de 5 líneas; b) institución a la que pertenece él o los autores con mención de su ocupación, cargo, dirección física y electrónica y teléfonos.
5. En caso de acompañar los trabajos con bibliografía, ésta deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
6. En el caso de trabajos de autoría compartida, éstos deberán acompañarse con una carta de presentación firmada por todos los autores.
7. Se aceptarán para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.
8. Los artículos publicados hasta la fecha en todos los números del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, se encuentran a la disposición de los interesados, digitalizados a texto completo, en la página electrónica de la Corporación (www.acienpol.com).

